

Hilmar Westerbarkey

Die Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder  
und der Arbeitnehmersvertreter im Aufsichtsrat  
während des Streiks und der Aussperrung

1968







Die Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder  
und der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat  
während des Streiks und der Aussperrung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des

akademischen Grades eines Doktors der Rechte

durch die

Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät

der Westfälischen Wilhelms-Universität zu

Münster

vorgelegt von

Hilmar Westerbarkey

aus Gütersloh

1968



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Brox  
Zweiter Berichterstatter: Doz. Dr. Rüthers  
Dekan: Prof. Dr. Nörr

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Februar 1968

## Inhaltsverzeichnis

|                                                                                                                                          | Seite |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| Einleitung                                                                                                                               |       |
| A. Vom Thema erfaßte Problemkreise                                                                                                       | 1     |
| B. Eingrenzung des Themas                                                                                                                | 1     |
| C. Reihenfolge der Erörterung                                                                                                            | 4     |
| D. Suspendierungstheorie als Grundlage der Untersuchung                                                                                  | 4     |
| <br><u>I. Teil:</u> Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder während des Streiks und der Aussperrung                                    |       |
| 1. Kapitel: Fortdauer der Amtsstellungen                                                                                                 | 8     |
| A. Methodische Einordnung des Problems                                                                                                   | 8     |
| I. Wortlaut des Gesetzes                                                                                                                 | 9     |
| II. Feststellung einer Gesetzeslücke                                                                                                     | 9     |
| III. Methode der Lückenfüllung                                                                                                           | 10    |
| B. Kritische Darstellung der Literaturmeinungen                                                                                          | 12    |
| I. Erlöschen des Amtes                                                                                                                   | 13    |
| II. Vollständiges Ruhen der Amtspflichten                                                                                                | 13    |
| 1. Vollständiges Ruhen der Amtspflichten nach der Lösungstheorie                                                                         | 13    |
| 2. Vollständiges Ruhen der Amtspflichten nach der Suspendierungstheorie                                                                  | 14    |
| III. Unbeeinträchtigt Fortbestehen des Amtes                                                                                             | 19    |
| IV. Beschränktes Fortbestehen des Betriebsratsamtes                                                                                      | 23    |
| C. Lösungsversuch auf Grund einer Interessenwertung                                                                                      | 27    |
| I. Feststellung der berührten Interessen                                                                                                 | 27    |
| 1. Interessenfeststellung im Arbeitskampf                                                                                                | 28    |
| 2. Interessenbindung des Betriebsrats                                                                                                    | 29    |
| a) Keine Interessenausrichtung durch Einordnung in das Rechtssystem                                                                      | 30    |
| b) Betriebsrat als Interessenvertreter der Arbeitnehmerschaft                                                                            | 31    |
| c) Betriebsrat als Interessenvertreter des Betriebes, soweit er ein gemeinsames Interesse der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber darstellt | 32    |
| 3. Zusammenfassung                                                                                                                       | 34    |

|                                                                                                                         |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| II. Kein gesetzliches Werturteil                                                                                        | 35 |
| III. Interessenvergleich und Wertung nach dem<br>mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers                                   | 36 |
| 1. Betriebsbezogene Funktionen des Betriebs-<br>rats                                                                    | 37 |
| 2. Arbeitnehmerbezogene Funktionen des Be-<br>triebsrats                                                                | 38 |
| IV. Bewertung der einzelnen Funktionen des Be-<br>triebsrats                                                            | 40 |
| 1. Allgemeine Funktionen                                                                                                | 41 |
| 2. Funktionen im sozialen Bereich                                                                                       | 49 |
| 3. Funktionen im personellen Bereich                                                                                    | 57 |
| 4. Funktionen im wirtschaftlichen Bereich                                                                               | 62 |
| V. Ergebnis                                                                                                             | 63 |
| 2. Kapitel: Grenzen einer rechtmäßigen Streikbetei-<br>ligung und die Rechtmäßigkeit der Aus-<br>sperrung               | 65 |
| A. Grenzen einer rechtmäßigen Streikbeteiligung                                                                         | 65 |
| I. § 49 Abs. II BetrVG als absolutes Friedens-<br>gebot                                                                 | 66 |
| II. Persönlicher Geltungsbereich des Friedens-<br>gebotes                                                               | 67 |
| III. Sachliche Abgrenzung der Friedenspflicht des<br>§ 49 Abs. II BetrVG                                                | 68 |
| IV. Ergebnis                                                                                                            | 73 |
| B. Rechtmäßigkeit der Aussperrung von Betriebsrats-<br>mitgliedern                                                      | 73 |
| <u>II. Teil:</u> Rechtsstellung der Arbeitnehmervertreter<br>im Aufsichtsrat während des Streiks und<br>der Aussperrung | 75 |
| 1. Kapitel: Fortdauer der Amtsstellungen                                                                                | 75 |
| A. Einheitliche Behandlung aller ANV im AR innerhalb<br>der verschiedenen Gesellschaften                                | 75 |
| I. Grundsätzlich gleiche Rechtsstellung aller<br>ANV im AR                                                              | 77 |
| 1. Unterschiedliche Rechtsstellung des Auf-<br>sichtsrats                                                               | 77 |
| 2. Unterschiedlicher Grad der Beteiligung                                                                               | 80 |
| 3. Verschiedenheit der Wahl                                                                                             | 81 |

### III

|                                                                                                     |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| II. Möglichkeit der Lösung auf Grund der allgemeinen Rechtsstellung der ANV im AR                   | 82  |
| III. Ergebnis                                                                                       | 83  |
| B. Lösungsversuch                                                                                   | 83  |
| I. Auslegungsmethode                                                                                | 84  |
| 1. Geltung des Gleichstellungsgrundsatzes                                                           | 84  |
| a) Anwendung des Gleichstellungsgrundsatzes                                                         | 85  |
| b) Grenzen des Gleichstellungsgrundsatzes                                                           | 85  |
| 2. Verwendbare Auslegungskriterien                                                                  | 86  |
| II. Lösungsversuch und Darstellung der Literaturmeinungen                                           | 87  |
| 1. Abweichende Interessenbindung der ANV im AR                                                      | 87  |
| 2. Lösungsmöglichkeiten anhand der Literatur                                                        | 87  |
| a) Beendigung des Amtes                                                                             | 88  |
| aa) Automatische Beendigung                                                                         | 88  |
| bb) Zwangsweise Niederlegung des Amtes                                                              | 89  |
| b) Ruhen des Aufsichtsratsamtes                                                                     | 90  |
| aa) Automatisches Ruhen                                                                             | 90  |
| bb) Ruhen infolge des Verzichts auf die Amtsausübung                                                | 94  |
| c) Stimmrechtsbeschränkung                                                                          | 95  |
| 3. Ergebnis                                                                                         | 99  |
| 2. Kapitel: Grenzen einer rechtmäßigen Streikbeteiligung und die Rechtmäßigkeit der Aussperrung     | 101 |
| A. Grenzen der rechtmäßigen Streikbeteiligung                                                       | 102 |
| I. Keine gesetzliche Regelung                                                                       | 102 |
| II. Allgemeine Erlaubnis der Streikbeteiligung                                                      | 103 |
| 1. Streikfreiheit infolge des Ruhens der Amtspflichten                                              | 103 |
| 2. Streikfreiheit durch Begrenzung der Treuepflicht auf den Bereich der Tätigkeit im Aufsichtsrat   | 103 |
| 3. Streikfreiheit durch Begrenzung der Treuepflicht nach betriebsverfassungsrechtlichen Grundsätzen | 105 |

|                                                                                                                         |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4. Ergebnis                                                                                                             | 107 |
| III. Verbot jeder Art von Streikbeteiligung                                                                             | 108 |
| 1. Verbot einer Streikbeteiligung aus dem Gedanken der selbstverantwortlichen Mitverwaltung                             | 108 |
| 2. Verbot der Streikbeteiligung aus einer gesellschaftsrechtlichen Bindung                                              | 109 |
| 3. Ergebnis                                                                                                             | 110 |
| IV. Begrenzte Erlaubnis der Streikbeteiligung                                                                           | 110 |
| 1. Interessenfeststellung                                                                                               | 110 |
| a) Schutzwürdigkeit der Arbeitgeberinteressen                                                                           | 112 |
| b) Schutzwürdigkeit der Arbeitnehmerinteressen                                                                          | 113 |
| c) Gemeinsame, schutzwürdige Interessen                                                                                 | 114 |
| 2. Lösung mit Hilfe einer Interessenbewertung                                                                           | 115 |
| a) Kein allgemeiner Interessenvorrang aus der Zuordnung der ANV im AR zu einem bestimmten Rechtsgebiet                  | 115 |
| b) Kein allgemeiner Interessenvorrang aus dem Verhältnis der ANV im AR zur Arbeitnehmerschaft und zu den Gewerkschaften | 117 |
| aa) Abhängigkeit bezüglich Wahl und Abberufung                                                                          | 117 |
| bb) Keine weiterreichende Abhängigkeit                                                                                  | 118 |
| c) Erörterung der Möglichkeiten für eine Begrenzung der Streikbeteiligung                                               | 119 |
| aa) Beziehung zwischen Streikbeteiligungshandlung und Organstellung als Abgrenzungskriterium                            | 119 |
| bb) Von der Streikhandlung ausgehende Gefährdung für das Unternehmen als Abgrenzungskriterium                           | 122 |
| cc) Streikfördernde Wirkung einer Streikhandlung als Abgrenzungskriterium                                               | 126 |
| dd) Abgrenzung zwischen aktiver und passiver Streikbeteiligung                                                          | 129 |
| a <sub>1</sub> ) Erlaubnis der passiven Streikbeteiligung                                                               | 129 |
| b <sub>1</sub> ) Verbot der aktiven Streikbeteiligung                                                                   | 131 |
| d) Ergebnis                                                                                                             | 133 |
| B. Rechtmäßigkeit der Aussperrung                                                                                       | 133 |
| Zusammenfassung                                                                                                         | 135 |

# Literaturverzeichnis

- Auffarth                      Das neue Aktienrecht unter betriebsverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten  
DB 1965, 1778 ff
- Aktiengesetz                Großkommentar zum Aktiengesetz von W. Gadow, Dr. E. Heinichen, Dr. E. Schmidt, Dr. W. Schmidt, Dr. O. Weipert 1. Band §§ 1-144  
2. Aufl. Berlin 1961
- Ballerstedt                Unternehmen von besonderer gesamtwirtschaftlicher Bedeutung unter Berücksichtigung des Konzernrechtes; Bericht des Ausschusses I des 39. DJT in Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechts  
Tübingen 1955  
Der Aufsichtsrat der GmbH nach dem Betriebsverfassungsgesetz  
RGmbH 1952, 177 ff
- Bartholomeyczik            Die Kunst der Gesetzesauslegung. Eine wissenschaftliche Hilfe zur praktischen Gesetzesanwendung  
2. Aufl. Frankfurt 1960
- Baumbach-Hueck            Aktiengesetz  
Kurzkommentar  
12. Aufl. München und Berlin 1965
- Baumert                    Die Wirkung des Arbeitskampfes auf das einzelne Arbeitsvertragsverhältnis  
BB 1966, 1888
- Bley                        Die Rechtsnatur der gesetzlichen Betriebsvertretungen  
Greifswald 1932
- Blümer                     Die Rechtsstellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nach dem Betriebsverfassungsgesetz  
Diss. Köln 1965
- Bobrowski                 Das Arbeitsrecht von der Einstellung bis zur Entlassung  
2. Aufl. Heidelberg 1954

- Bobrowski-Gaul Das Arbeitsrecht im Betrieb von der Einstellung bis zur Entlassung  
5. Aufl. Heidelberg 1965
- Bötticher Besprechung von Hueck-Nipperdey,  
Lehrbuch des Arbeitsrechts  
II. Band 6. Aufl.  
BB 1957, 652
- Bogs Autonomie und verbandliche Selbstverwaltung im modernen Arbeits- und Sozialrecht  
RdA 1956, 1 ff
- Boldt Das Mitbestimmungsrecht in Eisen und Kohle  
RdA 1951, 169 ff.  
Mitbestimmungsgesetz Eisen und Kohle  
Kommentar  
München und Berlin 1952  
Mitbestimmungsergänzungsgesetz, Kommentar, zugleich Ergänzungsband zu Boldt, Mitbestimmungsgesetz Eisen und Kohle  
München und Berlin 1957
- Brandel Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates in seiner juristischen Konstruktion  
Diss. Köln 1953
- Brox Zur Wirkung der rechtmäßigen Aussperrung auf den Arbeitsvertrag, in: Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. II, S. 55 ff  
München und Berlin 1965
- Brox-Rüthers Arbeitskampfrecht  
Ein Handbuch für die Praxis  
Stuttgart 1965
- Bührig Handbuch der Betriebsverfassung  
Köln 1953
- Bulla Betriebsverfassung und Arbeitskampf  
RdA 1962, 385 ff  
Rechtslage nach Beendigung des Streiks  
Arbeitsrechts-Blattei, Handbuch für die Praxis, Loseblattsammlung  
Arbeitskampf II G  
Rechtswidriger Streik  
Arbeitsrechts-Blattei, Arbeitskampf  
II E

- Clauß                      Haftungsbeschränkung zwischen Gemeinschaftsangehörigen im Arbeits-, Dienst- und Familienrecht  
NJW 1959, 1408 ff
- Damköhler                Die Treuepflicht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat  
Die Mitbestimmung 1956, 81-88 und 117-122
- Dersch                    Anm. zu RAG v. 19.12.1931  
ARS 14, 301 betr.: Haftung des einzelnen Arbeitnehmers für den Streikscha- den
- Dersch-Volkmar          Arbeitsgerichtsgesetz  
Kommentar  
6. Aufl. Berlin und Frankfurt 1955
- Dietz                     Das wirtschaftliche Mitbestimmungs- recht  
Schriftenreihe der Juristischen Stu- diengesellschaft Karlsruhe  
Karlsruhe 1958  
  
Betriebsverfassungsgesetz mit Wahl- ordnung  
Kommentar  
4. Aufl. München und Berlin 1967  
  
Streik und Arbeitsverhältnis  
BB 1952, 294  
Grundsätzliches zum Streikrecht  
SAE 1954, 89
- Döhner                    Rechtsstellung und Rechtsschutz der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- rat von Aktiengesellschaften und Ge- sellschaften mit beschränkter Haftung  
Diss. München 1964
- Dormanns                Die nach dem Betriebsverfassungsge- setz bestellten Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat beim Arbeitskampf  
Diss. Köln 1960
- Düringer-Hachenburg    Das Handelsgesetzbuch  
3. Bd. Die Aktiengesellschaft in der Wirtschaft  
3. Aufl. Mannheim-Berlin-Leipzig 1932
- Eiselt                    Die Beteiligung der Arbeitnehmerver- treter im Aufsichtsrat und die Inter- essenlage im Unternehmen  
JZ 1957, 204 ff

- Enneccerus-Nipperdey    Allgemeiner Teil des Bürgerlichen  
Rechts  
15. Aufl. Tübingen  
1. Halbband 1959  
2. Halbband 1960
- Erdmann                    Das Betriebsverfassungsgesetz vom 11.  
Oktober 1952, erläutert für die Be-  
triebspraxis  
2. Aufl. Neuwied 1954
- Esser                      Arbeitskampf und Vertragstreue  
JZ 1963, 489 ff
- Fernau                     Die Rechte und Pflichten der Arbeit-  
nehmervertreter im Aufsichtsrat beim  
Arbeitskampf  
Diss. Bonn 1966
- Fitting-Kraegeloh-  
Auffarth                   Betriebsverfassungsgesetz nebst Wahl-  
ordnung  
Handkommentar für die Praxis  
7. Aufl. Berlin und Frankfurt 1966
- Flatow-Kahn-Freund       Betriebsrätegesetz vom 4. Februar  
1920 nebst Wahlordnung, Ausführungs-  
verordnungen und Ergänzungsgesetzen  
13. Aufl. Berlin 1931
- Forsthoff                  Lehrbuch des Verwaltungsrechts  
Allgemeiner Teil, 1. Band  
9. Aufl. München und Berlin 1966
- Freese                     Zur Handlungsfähigkeit des Aufsichts-  
rates  
NJW 1953, 1661 ff
- Freisler                   Grundsätzliches über die Betriebsor-  
ganisation  
Schriften des Instituts für Wirt-  
schaftsrecht der Universität Jena Nr.  
3  
Jena 1922
- Frey                        Die Rechtsnatur der Belegschaft und  
des Betriebsrats  
RdA 1960, 98 ff
- Froehlich-Franke-  
Wagner                    Die Beteiligung der Arbeitnehmer im  
Aufsichtsrat nach dem Betriebsverfas-  
sungsgesetz vom 11. Oktober 1952 - Er-  
läuterungen zu den §§ 76, 77 BetrVG  
Köln 1953

- Gaber Die Bedeutung des Solidaritätsprinzips für die Verteilung des Betriebsrisikos im Arbeitskampf  
Diss. Köln 1962
- Galperin Die betriebliche Ordnung  
RdA 1955, 260 ff  
Die Organstellung des Betriebsrates  
RdA 1959, 321  
Betriebsverfassungsgesetz und betriebliche Partnerschaft  
RdA 1962, 366 ff
- Galperin-Siebert Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz  
4. Aufl. Heidelberg 1963
- Gangloff Anm. zur Entscheidung des ArbG Wilhelmshaven vom 6. Februar 1958 in SAE 1958, 82, betr.: Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bezüglich der Regelung der Arbeitszeit bei einem drohenden Streik
- Gester Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung von Belegschaft und Betriebsrat  
Diss. Köln 1958
- Gierke, Otto Deutsches Privatrecht  
1. Band  
Leipzig 1895
- Giese-Boesebeck Rechtsgutachten über Fragen des Mitbestimmungsrechts  
Frankfurt 1951
- Glaß Genossenschaftskunde  
Berlin-München 1949
- von Godin-Wilhelmi Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien  
2. Aufl. Berlin 1950 und 3. Aufl. Berlin 1967
- Gross Die Nachprüfbarkeit von Beschlüssen des Betriebsrats durch das Arbeitsgericht  
ArbuR 1953, 71
- Gruber Berufsgemeinschaft und Wirtschaftsordnung  
Heidelberg 1953

- Guizetti                      Zur Frage der Haftung eines Arbeitneh-  
mervertreters im Aufsichtsrat bei  
Streikbeteiligung  
ArbuR 1956, 132 f.
- Hachenburg                  Kommentar zum Gesetz betreffend die  
Gesellschaften mit beschränkter Haf-  
tung  
6. Aufl. Berlin 1959
- Hässler                      Mitbestimmung des Betriebsrats und  
arbeitsvertragliche Einheitsregelung  
ArbuR 1965, 289
- Heck, Ph.                    Gesetzesauslegung und Interessenju-  
risprudenz  
AcP 112, 1 ff
- Herschel                    Betriebsvereinbarung oder Betriebs-  
satzung  
RdA 1948, 49 ff  
Arbeitsrecht als gewerkschaftliche  
Aufgabe  
ArbuR 1954, 321 ff  
Entwicklungstendenzen des Arbeits-  
rechts  
RdA 1956, 161 ff
- Hesselmann                  Handbuch der GmbH & Co.  
6. Aufl. Köln 1963
- Hiersemann                  Die Stellung des Betriebsrats im Ar-  
beitskampf  
BB 1966, 252
- Hilgert                      Der Arbeitsdirektor  
Seine Bestellung, Rechtsstellung und  
Haftung  
Diss. Münster 1955
- Höcker-Johannsen            Gesetz über die Mitbestimmung der Ar-  
beitnehmer  
Kommentar  
Essen 1951
- Hollmann                    Die Betriebsvereinbarung  
Diss. Kiel 1952
- Huber                        Wirtschaftsverwaltungsrecht 2. Band  
2. Aufl. Tübingen 1954

- Hueck, Alfred      Der Treuegedanke im modernen Privatrecht  
München 1947  
Der Aufsichtsrat der GmbH  
BB 1953, 325 ff  
Die Rechtsstellung der Mitglieder von  
Organen der juristischen Personen  
DB 1954, 274 ff  
Probleme des Streikrechts  
RdA 1956, 201 ff  
Anm. zu BGH in AP Nr. 12 zu § 76  
BetrVG, betr.: Stellung des Arbeitnehmervertreters im Aufsichtsrat  
Das Recht der offenen Handelsgesellschaft  
3. Aufl. Berlin 1964  
Das neue Aktienrecht und das Arbeitsrecht  
RdA 1965, 321 ff
- Hueck-Leibholz      Zwei Vorträge zum Arbeitsrecht, gehalten am 1. Dez. 1959 in Köln  
Die Stellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat v. A. Hueck, Verfassungsrecht und Arbeitsrecht v. G. Leibholz  
München 1960
- Hueck-Nipperdey      Lehrbuch des Arbeitsrechts  
1. Band 7. Aufl. 1963  
2. Band 6. Aufl. 1957  
Berlin und Frankfurt
- Hueck-Nipperdey-Stahlhacke      Tarifvertragsgesetz mit Durchführungs- und Nebenvorschriften  
Kommentar von Hueck, Nipperdey, Top-hoven, Stahlhacke  
4. Aufl. München und Berlin 1964
- Isay      Entwurf eines Bundesberggesetzes  
München 1954
- Jacobi      Grundlehren des Arbeitsrechts  
Leipzig 1927
- Jellinek, Georg      Allgemeine Staatslehre  
3. Aufl. Berlin 1929
- Jellinek, Walter      Verwaltungsrecht  
3. Aufl. Unveränderter Neudruck  
Offenburg 1950

- Kanes Die Rechtsnatur des Betriebsrates  
Diss. Köln 1960
- Kaskel Arbeitsrecht  
2. Aufl. Berlin 1925
- Kaskel-Dersch Arbeitsrecht  
Begründet von Walter Kaskel  
4. Aufl. Berlin 1932  
5. Aufl. Berlin-Göttingen-Heidelberg  
1957
- Kassmann Arbeitnehmervvertreter im Aufsichtsrat  
nach dem Betriebsverfassungsgesetz.  
Ein Probestfall der Sozialpartnerschaft  
Hamm 1954
- Kerb Der Arbeitsdirektor  
Seine Rechtsstellung im Gesellschafts-  
und Arbeitsverfassungsrecht  
Diss. München 1964
- Knur Unternehmensform und Betriebsverfas-  
sungsgesetz  
DNotZ 1953, 6 ff
- Köhler "Betrieb" und "Unternehmen" in wirt-  
schaftsverfassungsrechtlicher Sicht  
JZ 1953, 713 f  
Unternehmensverfassung und Aktien-  
rechtsreform  
JZ 1956, 137 f  
Rechtsform und Unternehmensverfassung  
Zeitschrift für die gesamte Staats-  
wissenschaft Bd. 115, 716 ff
- Koenigs Grundsatzfragen der betrieblichen Mit-  
bestimmung  
Hamburg 1954
- Kötter Die Bestellung des "elften" Mitglieds  
im künftigen Aufsichtsrat der Montan-  
gesellschaften  
NJW 1951, 417 ff  
Gesetz über die Mitbestimmung der Ar-  
beitnehmer in den Aufsichtsräten und  
Vorständen der Unternehmen des Berg-  
baus und der Eisen und Stahl erzeugen-  
den Industrie vom 21. Mai 1951 mit Er-  
läuterungen von Hans-Wilhelm Kötter.  
Berlin 1952

- Kolck Der Beschluß des Betriebsrats, sein Rechtscharakter, sein Zustandekommen und seine rechtliche Behandlung  
Diss. Münster 1952
- Kraegeloh Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats nach dem Betriebsverfassungsgesetz des Bundes  
BB 1952, 581 ff
- Krause Haftungsfragen beim Mitbestimmungsrecht  
BB 1951, 677 ff  
Unternehmer und Unternehmung  
Schriftenreihe der Wirtschaftshochschule Mannheim Heft 4,  
Mannheim 1954
- Kropff Aktiengesetz  
Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6. September 1965 (Bundesgesetzblatt I, S. 1089) und des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz vom 6. September 1965 (Bundesgesetzblatt I, S. 1185) mit Begründung des Regierungsentwurfs, Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, Verweisungen und Sachverzeichnis
- Krüger Der Werkschutz im Arbeitskampf  
Werkschutz und Pförtnerdienst,  
Vierteljahresschrift 1966, Nr. 3,  
September 1966
- Küchenhoff Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz  
Münster 1954
- Larenz Methodenlehre der Rechtswissenschaft  
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
- Lehmann, H. Anm. zu LAG Bremen SAE 1952, 85,  
betr.: Tragweite des Streikrechts
- Lehmann, K.H. Aktienrechtsreform 1965
- Lehmann, Karl Das Recht der Aktiengesellschaften  
2. Band  
Aalen 1964, Neudruck der Ausgabe  
Berlin 1904
- Leifeld Der Betriebsrat  
Eine Einführung in das Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer  
Stuttgart-München-Hannover 1953

- Leo Die Rechte der Aktiengesellschaft gegen pflichtwidrig handelnde Aufsichtsratsmitglieder  
Die Aktiengesellschaft 1957, 265 f
- Löwisch Leistungsstörungen infolge von Arbeitskämpfen  
DB 1962, 761 f
- v. Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz  
Kommentar  
1. Band 2. Aufl. Berlin 1957
- Maus Handbuch des Arbeitsrechts VIII. Teil  
Arbeits- und Betriebsverfassungsrecht  
Stand: 1.1.1967
- Meisel Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Aussperrung mit Lösungswirkung  
BB 1966, 1027
- Meissinger Betriebsverfassungsgesetz  
Kommentar  
München 1952  
Das Betriebsratsamt nach dem Streik  
DB 1955, 725 ff  
Mitbestimmung und Mitsprache:  
eine Substanz der Demokratie  
Die Betriebsverfassung 1956, 222  
Mitwirkung und Mitbestimmung -  
eine vergleichende Rechtsbetrachtung  
Die Betriebsverfassung 1956, 129 f  
Streikbeteiligung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat  
DB 1956, 688  
Streikende Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat  
DB 1957, 236
- Meyer-Meulenbergh Genossenschaftsgesetz  
Kurzkommentar  
10. Aufl. München und Berlin 1965
- Miesbach-Engelhardt Bergrecht  
Kommentar zu den Landesberggesetzen  
Berlin 1962
- Molitor Über öffentliches und privates Recht.  
Eine rechtssystematische Studie  
Karlsruhe 1949

- Molitor                      Wirtschaftliches Mitbestimmungsrecht  
DB 1950, 25 ff  
Über die Rechtsnatur der Betriebsver-  
tretungen  
Festschrift für Wilhelm Herschel  
Beiträge zu Problemen des neuzeitli-  
chen Arbeitsrechts  
Stuttgart 1955, S. 105 ff  
Zur Streikentscheidung des Bundesar-  
beitsgerichts  
BB 1955, 454
- Müller                      Das Einzelarbeitsverhältnis und die  
Aufgabe der Mitbestimmung  
BB 1957, 409 ff
- Müller, F.J.                Die Rechtsnatur des Betriebsrates und  
des Personalrates und ihre Haftung  
nach dem Betriebsverfassungsgesetz vom  
11. Oktober 1952 und dem Personalver-  
tretungsgesetz vom 5. August 1955  
Diss. Würzburg 1959
- Natzel                      Das Rechtsverhältnis zwischen Auf-  
sichtsratsmitglied und Gesellschaft  
unter besonderer Berücksichtigung  
des Mitbestimmungsrechts  
DB 1959, 171 ff
- Neumann-Duesberg        Betriebsverfassungsrecht  
Lehrbuch  
Berlin 1960  
Das Rechtsverhältnis zwischen Betriebs-  
rat und Arbeitgeber und die Betriebs-  
haftung  
NJW 1954, 617
- Niese                      Streik und Strafrecht  
Tübingen 1954
- Nikisch                    Arbeitsrecht  
Allgemeine Lehren und Arbeitsvertrags-  
recht  
1. Band 3. Aufl. 1961  
2. Band 2. Aufl. 1959  
Tübingen  
Streik und Arbeitnehmer  
Gutachten  
BB 1952, 721
- Nipperdey                Rechtsprobleme der Aussperrung und  
des Streiks  
DB 1963, 1613 ff

- Nussbaum                      Das neue Deutsche Wirtschaftsrecht  
2. Aufl. Berlin 1922
- Planck                         Kommentar zum BGB  
1. Band Allgemeiner Teil  
4. Aufl. Berlin 1913
- Prein                         Das Ausscheiden von Aufsichtsratsmit-  
gliedern nach Inkrafttreten des Be-  
triebsverfassungsgesetzes  
Diss. Münster 1956
- Prölss                         Versicherungsaufsichtsgesetz  
Kurzkommentar  
5. Aufl. München und Berlin 1966
- Radke                         Treuepflicht der Arbeitnehmervertre-  
ter im Aufsichtsrat beim Streik  
NJW 1956, 1581 f
- Raiser                         Die wirtschaftsverfassungsrechtlichen  
Fragen der Gestaltung der Unterneh-  
mensformen  
39. DJT B, S. 57 ff
- Redding                       Aufsichtsrat und Interessenkollision  
NJW 1956, 48 ff
- Reinhardt                     Die für die Ordnung der Wirtschaft  
maßgebenden Rechtsgrundsätze und die  
Rechtsform der Mitbestimmung  
Festschrift für Nipperdey, S. 235 f  
München und Berlin 1955
- Rewolle                       Zulässigkeit des Rechtsweges und Zu-  
ständigkeit der Arbeitsgerichtsbe-  
hörden aus dem Betriebsrätegesetz  
RdA 1950, 293 ff
- Ritter                         Kommentar zum Aktiengesetz  
2. Aufl. München und Berlin 1938
- Rohlfing-Rewolle             Arbeitsgerichtsgesetz  
Der Wirtschaftskommentar  
Steuer-, Arbeits-, Sozial- und Wirt-  
schaftsgesetze kommentiert für die  
Praxis.  
Loseblattausgabe.  
Teil B: Arbeits- und Sozialrecht,  
B VII/1  
Frankfurt 1959

- Sabel Das Deutsche Betriebsverfassungsgesetz  
Ausschußbericht, BT-Drucksache Nr.  
3583 der 1. Wahlperiode  
RdA 1952, 281 ff
- Sahmer Betriebsverfassungsgesetz,  
kommentiert für die Praxis  
Der Wirtschaftskommentator, B III/1  
Loseblattausgabe  
Frankfurt 1964
- Samson Die Zuständigkeit und Zusammensetzung  
der Aufsichtsratsausschüsse  
Die Aktiengesellschaft 1957, 73 f
- Schilling Die Mitbestimmung im Lichte des Ge-  
sellschaftsrechts  
RdA 1954, 441 ff
- Schlegelberger-Geßler Kommentar zum Handelsgesetzbuch  
2. Band, §§ 105 - 342  
4. Aufl. Berlin und Frankfurt 1963
- Schmedes Die Rechtsstellung der nach dem Be-  
triebsverfassungsgesetz in die Auf-  
sichtsräte der Aktiengesellschaften  
entsandten Arbeitnehmervertreter  
Diss. Göttingen 1956
- Schmeer Treuepflicht und Streikbeteiligung  
der Arbeitnehmervertreter in Gesell-  
schaftsorganen  
Diss. Würzburg 1959
- Schmid Die Beteiligung der Arbeitnehmer im  
Aufsichtsrat nach dem Betriebsver-  
fassungsgesetz (Ihr Einfluß auf die  
Rechtsstellung des Aufsichtsrats und  
seiner Mitglieder)  
Diss. München 1957
- Schmidt Die Genossenschaft  
Ihre Geschichte, ihr Wesen und Recht  
und ihre Entwicklung in Deutschland  
Berlin 1949
- Schnorr Die Pflichten und Rechte der Arbeit-  
nehmervertreter im Aufsichtsrat  
ArbuR 1953, 108 ff  
  
Wechselwirkungen zwischen Gesell-  
schaftsrecht und Betriebsverfassungs-  
recht bei der Aufsichtsratswahl  
ArbuR 1953, 33 ff

- Schnorr v. Carolsfeld Arbeitsrecht  
2. Aufl. Göttingen 1954
- Schuldt Die Betriebsvereinbarung im Verhältnis  
zum Einzelarbeitsvertrag und zum Ta-  
rifvertrag  
Berlin 1925
- Siber Die Prozeßführung des Vermögensverwal-  
ters nach dem Deutschen Bürgerlichen  
Gesetzbuch  
Festschrift für Adolf Wach 1917
- Siebert Die Mitwirkung und Mitbestimmung der  
Arbeitnehmer nach dem Betriebsverfas-  
sungsgesetz  
BB 1952, 832 ff  
Grundgedanken der Betriebsverfassung  
RdA 1958, 161 ff
- Siebrecht Das Recht im Arbeitskampf  
3. Aufl. Köln 1964
- Sinzheimer Grundzüge des Arbeitsrechts  
2. Aufl. Jena 1927
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch mit Einfüh-  
rungsgesetz und Nebengesetzen  
1. Band §§ 1 - 240  
10. Aufl. Stuttgart, Berlin, Köln  
und Mainz 1967
- Sorge Die Haftung des Betriebsrates für un-  
erlaubte Handlungen  
ArbuR 1953, 272 ff
- Spieker Handbuch für Aufsichtsräte  
Köln-Deutz 1958
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
Allgemeiner Teil, 1. Band §§ 1 - 29  
10. Aufl. Berlin 1936
- Stauff Die Willensbildung und Willensäußerung  
des Betriebsrates  
Diss. Köln 1956
- Strasser Die Betriebsvereinbarung nach öster-  
reichischem und deutschem Recht  
Wien 1957
- Thomanek Die Organstellung des Betriebsrats  
Diss. Köln 1961

- Tuhr, v.                      Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen  
Gesetzbuches  
1. Band, Allgemeine Lehren und Perso-  
nenrecht  
Leipzig 1910
- Walter                        Betriebsverfassungsgesetz und tarifli-  
che Praxis  
BB 1953, 89 ff
- Westermann                 Interessenkollisionen und ihre rich-  
terliche Wertung bei den Sicherungs-  
rechten an Fahnris und Forderungen  
Vortrag, gehalten vor der Juristi-  
schen Studiengesellschaft in Karls-  
ruhe am 23. April 1954  
Karlsruhe 1954
- Wiethölter                 Interessen und Organisation der Ak-  
tiengesellschaft im amerikanischen  
und deutschen Recht  
Karlsruhe 1961
- Winden                      Der vollständige Aufsichtsrat nach dem  
Betriebsverfassungsgesetz  
DB 1953, 816
- Wolff, Hans J.             Der Unterschied zwischen öffentlichem  
und privatem Recht  
ArchOR Bd 76, 205 ff

Abkürzungsverzeichnis

|            |                                                                                                     |
|------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|
| AcP        | Archiv für die civilistische Praxis                                                                 |
| AG         | Aktiengesellschaft                                                                                  |
| AktG       | Aktiengesetz                                                                                        |
| ANV        | Arbeitnehmervertreter                                                                               |
| AP         | Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)                                |
| AR         | Aufsichtsrat                                                                                        |
| ArbG       | Arbeitsgericht                                                                                      |
| ArbKrankhG | Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftl. Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle                  |
| AR-Blattei | Arbeitsrechts-Blattei                                                                               |
| ArbuR      | Arbeit und Recht, Zeitschrift                                                                       |
| ArchÖR     | Archiv des öffentlichen Rechts                                                                      |
| ARS        | Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte (Arbeitsrechtliche Sammlung) |
| BAG        | Bundesarbeitsgericht<br>Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Amtliche Sammlung)                |
| BB         | Betriebs-Berater, Zeitschrift                                                                       |
| Bd         | Band                                                                                                |
| BetrVG     | Betriebsverfassungsgesetz                                                                           |
| BGB        | Bürgerliches Gesetzbuch                                                                             |
| BGH        | Bundesgerichtshof                                                                                   |
| BGHZ       | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen                                                |
| BRG        | Betriebsrätegesetz                                                                                  |
| BT-Drucks. | Bundestags-Drucksache                                                                               |
| DB         | Der Betrieb, Zeitschrift                                                                            |
| Diss.      | Dissertation                                                                                        |
| DJT        | Deutscher Juristentag                                                                               |
| DNotZ      | Deutsche Notarzeitschrift                                                                           |
| EG         | Einführungsgesetz                                                                                   |
| GenG       | Genossenschaftsgesetz                                                                               |
| GG         | Grundgesetz                                                                                         |

|        |                                                             |
|--------|-------------------------------------------------------------|
| GmbH   | Gesellschaft mit beschränkter Haftung                       |
| GmbHG  | Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| JZ     | Juristenzeitung, Zeitschrift                                |
| KG     | Kommanditgesellschaft                                       |
| KGaA   | Kommanditgesellschaft auf Aktien                            |
| KSchG  | Kündigungsschutzgesetz                                      |
| LAG    | Landesarbeitsgericht                                        |
| LG     | Landgericht                                                 |
| MitbG  | Mitbestimmungsgesetz                                        |
| MBErgG | Mitbestimmungsergänzungsgesetz                              |
| NJW    | Neue Juristische Wochenschrift                              |
| PersVG | Personalvertretungsgesetz                                   |
| RAG    | Reichsarbeitsgericht                                        |
| RdA    | Recht der Arbeit, Zeitschrift                               |
| RG     | Reichsgericht                                               |
| RGmbH  | Rundschau für GmbH, Zeitschrift                             |
| RGZ    | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen            |
| SAE    | Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen                  |
| SBG    | Schwerbeschädigtengesetz                                    |
| TVG    | Tarifvertragsgesetz                                         |
| VAG    | Versicherungsaufsichtsgesetz                                |
| WO     | Wahlordnung                                                 |
| WRV    | Weimarer Reichsverfassung                                   |



## E i n l e i t u n g

### A. Vom Thema erfaßte Problemkreise

Die allgemeine Frage nach der Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder und der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat während des Arbeitskampfes läßt sich in drei Fragenbereiche aufteilen. Der erste Teilbereich enthält das Problem der Amtsfortdauer während des Arbeitskampfes. Zu diesem Problemkreis gehören die Entscheidungen darüber, ob die Amtspflichten bzw. -rechte des Betriebsrats oder das Mitwirkungsrecht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat während des Kampfes fortbestehen. Ebenfalls wäre hier zu prüfen, welche sonstigen Verbote und Gebote sich in Bezug auf den Arbeitskampf aus einer solchen Amtsstellung ergeben können. Innerhalb eines zweiten Komplexes gilt es festzustellen, inwieweit sich die Amtsträger rechtmäßig an einem Arbeitskampf beteiligen dürfen. Praktisch ergeben sich hieraus vor allem die Fragen danach, ob die Amtsträger, wenn sie die Grenzen der rechtmäßigen Kampfbeteiligung überschritten haben, Schadensersatz leisten müssen, ob ihr Arbeitsverhältnis gekündigt werden kann oder ob sie infolge einer Amtspflichtenverletzung ihres Amtes enthoben werden können. Schließlich ist innerhalb des letzten Teilbereichs zu untersuchen, ob die Amtsträger rechtmäßig ausgesperrt werden können. Dieser Bereich enthält die Frage nach einer möglichen Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers.

### B. Eingrenzung des Themas

Aus dieser Fülle von Problemen soll nur ein Teil erörtert werden. Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich darauf, aus dem gesamten Fragenkreis die Fortdauer der Amtsstellung während des Streiks und der Aussperrung, die Grenzen der rechtmäßigen Streikbeteiligung und die Rechtmäßigkeit der Aussperrung zu erörtern.

Innerhalb der ersten Problemgruppe sollen alle neben den eigentlichen Amtspflichten und -rechten bestehenden Gebote (z.B. Gebot zur Einwirkung auf die Streikenden zum Zwecke der Streikbeendigung) und Verbote <sup>1)</sup> (z.B. Verbot der Verteilung arbeitgeberfeindlicher Flugblätter) unberücksichtigt bleiben. Für die Betriebsratsmitglieder können sich solche Gebote und Verbote aus der Friedenspflicht des § 49 Abs. II BetrVG ergeben, solange das Amt fort dauert. Umstritten ist dabei lediglich der genaue Umfang der Verbote und Gebote <sup>2)</sup>. Auch den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat können solche besonderen Gebote und Verbote aus ihrer Organstellung erwachsen; die Abgrenzung der Friedenspflicht im einzelnen ist auch hier umstritten <sup>3)</sup>. Die entscheidende Frage für diesen Bereich der Friedenspflicht lautet jedoch, ob die Amtsstellung, aus der sie sich ergibt, während des Arbeitskampfes fort dauert. Sie allein soll hier erörtert werden.

Auch aus dem zweiten Teilbereich sollen einige Fragen ausgeschieden werden. Die speziellen Probleme der Schadensersatzpflicht, der Kündigung aus wichtigem Grunde und der Amtsenthebung durch Gerichtsbeschluß werden im Rahmen dieser Untersuchung nicht behandelt. Ein Betriebsratsmitglied kann sich nach § 823 Abs. I BGB, § 823 Abs. II BGB i.V.m. § 49 Abs. II BetrVG oder § 826 BGB nur dann schadensersatzpflichtig machen, wenn seine Streikbeteiligung rechtswidrig ist. Das Gleiche gilt für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nach den Vorschriften der §§ 116, 93 AktG, § 52 GmbHG, § 41 GenG. Auch eine Kündigung aus wichtigem Grunde, § 13 KSchG, ist wegen einer Beteiligung am Arbeitskampf

---

1) vgl. dazu Brox-Rüthers § 7 III, S. 100-102, für die Betriebsratsmitglieder, § 7 V 4, S. 114 für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat.

2) vgl. dazu Brox-Rüthers § 7 III 1 u. 2, S. 100-102.

3) vgl. dazu Brox-Rüthers § 7 V 4 a, S. 114.

sowohl bei den Betriebsratsmitgliedern als auch bei den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat nur gerechtfertigt, wenn die Kampfbeteiligung rechtswidrig war. Schließlich setzt die gerichtliche Abberufung aus dem Betriebsrats- bzw. dem Aufsichtsratsamt, § 23 BetrVG, § 103 Abs. III AktG, infolge einer Kampfbeteiligung voraus, daß das betreffende Mitglied sich rechtswidrig verhalten hat. Die entscheidende Frage für die Schadensersatzpflicht, die außerordentliche Kündigung und den Ausschluß aus der Amtsstellung auf Grund einer Beteiligung am Arbeitskampf ist daher, ob der einzelne Amtsträger die Grenzen einer rechtmäßigen Kampfbeteiligung überschritten hat oder nicht. Allein dieses Problem soll innerhalb des zweiten Komplexes geprüft werden. Dabei ist von einem grundsätzlich rechtmäßigen Arbeitskampf <sup>1)</sup> auszugehen. Allein ein solcher soll im Rahmen dieser Untersuchung behandelt werden. Der Verzicht auf die gesonderte Erörterung der Schadensersatzverpflichtung <sup>2)</sup>, der Kündigung aus wichtigem Grunde <sup>3)</sup> und der Amtspflichtsverletzung <sup>4)</sup> erfolgte, da innerhalb dieser Fragenkreise allgemeine Grundsätze gelten, die von der speziellen Problematik des Arbeitskampfes weitgehend unabhängig sind.

Aus den gleichen Gründen können die speziellen Fragen einer Schadensersatzverpflichtung der Arbeitgeber infolge einer unrechtmäßigen Aussperrung, §§ 823 Abs. I BGB, 823 Abs. II i.V.m. 49 Abs. II BetrVG <sup>5)</sup> unerörtert bleiben.

---

1) vgl. dazu Brox-Rüthers § 12 I, S. 218.

2) vgl. dazu Brox-Rüthers § 7 IV 1 a, aa, S. 103 ff. u. § 7 V 4 b, S. 114.

3) vgl. dazu Brox-Rüthers § 7 IV 1 a, bb, S. 105 f. u. § 7 V 4 b, S. 114 f.

4) vgl. dazu Brox-Rüthers § 7 IV 1 b, S. 106 u. § 7 V 4 b, S. 114 f.

5) vgl. dazu Brox-Rüthers § 7 IV 2 a, bb, S. 107.

### C. Reihenfolge der Erörterung

Die Arbeit ist in zwei Hauptteile gegliedert. Zunächst wird die Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder, darauf die der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat untersucht. Innerhalb beider Hauptteile wird jeweils im ersten Kapitel die Fortdauer der entsprechenden Amtsstellungen während des Streiks und der Aussperrung erörtert. Erst dann wird die Rechtmäßigkeit der Streikbeteiligung bzw. die Zulässigkeit der Aussperrung geprüft. Diese Reihenfolge bietet sich für beide Teile an, da ausgehend von einem rechtmäßigen Arbeitskampf für die Streikbeteiligung eines schlichten Arbeitnehmers ohne besonderes Amt grundsätzlich keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit seiner Kampfbeteiligung bestehen <sup>1)</sup>. Da die Rechtmäßigkeit der Streikbeteiligung also nur problematisch werden kann, wenn der Streikteilnehmer ein besonderes Amt innehat, muß jeweils zunächst geklärt werden, ob seine Amtsstellung während des Arbeitskampfes erlischt oder fortbesteht. Dabei soll innerhalb dieser Frage nach der Fortdauer der Amtsstellungen unberücksichtigt bleiben, daß auf Grund einer rechtswidrigen Einzelbeteiligung, auch wenn der Arbeitskampf an sich rechtmäßig ist, die Amtsträger durch Gerichtsbeschluß ihrer Ämter enthoben werden können, § 23 BetrVG, § 103 Abs. III AktG. Für diesen Abschnitt wird unterstellt, daß der einzelne Amtsträger an einem rechtmäßigen Arbeitskampf in rechtmäßiger Art und Weise teilnimmt.

### D. Suspendierungstheorie als Grundlage der Untersuchung

Die Lösung des Problems der Fortdauer der Amtsstellungen der Betriebsratsmitglieder und der Arbeitnehmervertre-

---

1) Beschluß des BAG vom 28.1.1955, BAG 1, 291 ff.

ter im Aufsichtsrat während des Streiks und der Aussperrung hängt davon ab, ob die Arbeitsverhältnisse der Amtsinhaber während des Arbeitskampfes erlöschen oder lediglich ruhen.

Gemäß § 24 BetrVG erlischt die Mitgliedschaft im Betriebsrat, wenn das Arbeitsverhältnis endet. Das Betriebsratsamt würde also während des Streiks und der Aussperrung zwangsläufig dann untergehen, wenn das Arbeitsverhältnis aufgelöst würde. Innerhalb kleiner Aufsichtsräte bis zu sechs Aufsichtsratsmitgliedern müssen alle Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bei dem Unternehmen beschäftigt sein. Bei größeren Aufsichtsräten müssen sich unter den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat mindestens zwei, § 76 Abs. II BetrVG, § 6 Abs. I MitbG, bzw. vier, § 6 Abs. I MBergG, Vertreter befinden, die bei einem Betriebe des Unternehmens beschäftigt sind <sup>1)</sup>. Zwar sagt das Gesetz nicht ausdrück-

---

1) Blümer, S. 88 bis 90, ist der Ansicht, daß nur betriebsangehörige Arbeitnehmer Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sein könnten. Es sei Ziel der Unternehmensmitwirkung, die Arbeitnehmer durch die Zusammenarbeit im Aufsichtsrat als gleichwertige Partner anzuerkennen. Ein Nichtarbeitnehmer sei nicht Träger der Unternehmensmitwirkung "und daher nicht in der Lage, die Anerkennung des Arbeitnehmers zu verwirklichen". Infolge dieser Zielsetzung sei die Arbeitnehmereigenschaft Voraussetzung der Unternehmensmitwirkung. Die Rechtfertigung und Trägerschaft der Unternehmensmitwirkung sei betriebsgebunden - Grundlage ist für Blümer ein menschlich-soziologisches Spannungs- und Gemeinschaftsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerschaft - und an den Einzelarbeitsvertrag geknüpft. Daher müßten alle Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat in Betrieben des Unternehmens beschäftigt sein.

Diese Ansicht Blümers widerspricht jedoch eindeutig dem Gesetz. Die gesetzlichen Vorschriften, § 76 Abs. II BetrVG, § 6 Abs. II MitbG und § 6 Abs. I MBergG, heben mit fast gleichem Wortlaut hervor, daß von den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat zwei bzw. vier als Arbeitnehmer in Betrieben des mitbestimmten Unternehmens beschäftigt sein müssen. Aus dieser besonderen Hervorhebung ergibt sich eindeutig, daß das Gesetz davon ausgeht, im übrigen müßten die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nicht als Arbeitnehmer in Betrieben des Unternehmens beschäftigt sein. Die eindeutige Formulierung des Gesetzes

lich, daß das Arbeitsverhältnis für die notwendig betriebsangehörigen Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat Voraussetzung für die Fortdauer ihrer Amtsstellung ist. Aus § 6 Abs. I S. 1 und § 4 Abs. I b MitbG ergibt sich jedoch, daß die Betriebsangehörigkeit nicht nur für die Wählbarkeit, sondern auch für die Fortdauer des Amtes Voraussetzung ist <sup>1)</sup>. Diese Regelung im MitbG und im MBergG, § 6 Abs. I, § 5 Abs. I b, muß mangels abweichender Regelung auch für den Bereich des BetrVG gelten <sup>2)</sup>. Das Aufsichtsratsamt der notwendig betriebsangehörigen Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat erlischt daher ebenfalls, wenn das Arbeitsverhältnis endet.

Die für diese Untersuchung demnach bedeutsame Frage, ob das Arbeitsverhältnis während des Arbeitskampfes erlischt oder nur ruht, ist streitig. Nach der von der Rechtsprechung vertretenen "Lösungstheorie" <sup>3)</sup> können die Ar-

---

kann nicht mit Überlegungen, ausgehend von Ziel, Rechtfertigung und Trägerschaft des Unternehmensmitwirkungsrechtes, in ihr Gegenteil verkehrt werden. Auch nichtbetriebsangehörige Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sind in der Lage, die Interessen der Arbeitnehmerschaft im Aufsichtsrat wahrzunehmen.

- 1) So die einhellige Meinung: BAG AP Nr. 12 zu § 76 BetrVG; Fitting-Kraegeloh-Auffarth, § 76 Anm. 91; Dietz, Komm. z. BetrVG, § 76 Anm. 46 g; Hueck-Nipperdey, II. Bd., S. 896; Schmid, S. 107; Baumbach-Hueck, Anh. nach § 86 Anm. 6 c; Schmedes, S. 31 u. 88.
- 2) Dormanns, S. 57 Anm. 135.
- 3) BAG 1, 291 ff.; BAG AP Nr. 3, 6, 10, 11 u. 24 zu Art. 9 GG; BAG AP Nr. 31 zu § 1 ArbKrankhG; BAG AP Nr. 31 u. 36 zu Art. 9 GG. Die Lösungstheorie wird weiterhin von einem Teil der Literatur vertreten: zuletzt Baumert, DB 1966, 1888 ff; weitere ausführliche Hinweise auf diese Literaturstimmen vgl. Meisel, BB 1966, 1027 ff, Fußn. 2 u. 3, vgl. Brox, Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, S. 65 Fußn. 32 u. vgl. Brox-Rüthers, § 12 IV 1, S. 222, Fußn. 27 u. 28.

beitsverhältnisse durch den Arbeitskampf gelöst werden. Die wohl herrschende Meinung in der Literatur <sup>1)</sup> vertritt die "Suspendierungstheorie", nach der die Arbeitsverhältnisse während des Arbeitskampfes lediglich ruhen. Von dieser "Suspendierungstheorie" geht diese Untersuchung aus, da einerseits eine ausführliche Erörterung dieser Streitfrage den Rahmen der Arbeit sprengen würde und da andererseits das Bundesarbeitsgericht selbst in einer jüngeren Entscheidung <sup>2)</sup> zumindest vom Ergebnis her eine Annäherung an die "Suspendierungstheorie" vollzogen hat <sup>3)</sup>.

Soweit Literaturmeinungen zu den speziellen Problemen dieser Arbeit darauf beruhen, daß sie von der Lösungstheorie ausgehen, werden sie daher innerhalb der folgenden Untersuchung nicht ausführlich abgehandelt. Im übrigen wird mit der Suspendierungstheorie unterstellt, daß die Hauptpflichten aus den Arbeitsverhältnissen - Arbeits-, Lohnzahlungs- und Beschäftigungspflicht - während des Arbeitskampfes ruhen, der Vertrag mit seinen sonstigen Nebenpflichten aber weiterbesteht <sup>4)</sup>.

- 
- 1) vgl. ausführliche Hinweise bei Brox-Rüthers, § 12 IV 2, S. 223 Fußn. 29 u. 30, bei Brox, Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, S. 65 Fußn. 33 u. 34 und bei Meisel, aaO Fußn. 1, vgl. Fernau S. 79-90.
  - 2) In dem Leitsatz zu dieser Entscheidung, BAG AP Nr. 36 zu Art. 9 GG, hat das BAG erklärt, auch die lösende Aussperrung vernichte das arbeitsvertragliche Band zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht vollständig.
  - 3) Meisel, aaO S. 1030; Brox, Festschrift aaO S. 65, 66.
  - 4) Brox-Rüthers § 12 IV u. V, S. 222-234.

# I. Teil: Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder während des Streiks und der Aussperrung

## 1. Kapitel: Fortdauer der Amtsstellungen

Den Betriebsratsmitgliedern erwachsen aus ihrer Amtsstellung eine Fülle von Mitbestimmungsrechten, z.B. allgemeiner Art, § 54 BetrVG, in sozialen Angelegenheiten, §§ 56 ff BetrVG, in personellen Angelegenheiten, §§ 60 ff BetrVG, und in wirtschaftlichen Angelegenheiten, §§ 67 ff BetrVG. Zumindest teilweise stehen den Betriebsratsmitgliedern Mitbestimmungsrechte zu, z.B. das Anhörungsrecht des Betriebsrats vor Kündigungen nach § 66 BetrVG, die die Bewegungsfreiheit des Arbeitgebers während des Arbeitskampfes erheblich einschränken können. Da die Kampfsituation während des Arbeitskampfes in einem gewissen Gegensatz zu diesen Mitbestimmungsrechten steht - die Mitbestimmung setzt eine Zusammenarbeit von Arbeitgebern und Arbeitnehmern voraus -, erhebt sich die Frage, ob die Amtsstellungen der Betriebsratsmitglieder bzw. die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten während des Arbeitskampfes fortbestehen. In der Literatur werden dazu die verschiedensten Ansichten vertreten. Alle denkbaren Möglichkeiten vom Erlöschen des Amtes, dem Ruhen der Amtspflichten, dem unbeeinträchtigten Fortbestehen des gesamten Amtes bis zum beschränkten Fortbestehen der Amtspflichten werden erörtert.

### A. Methodische Einordnung des Problems

Bevor die eigentliche Lösung gesucht werden kann, ist es erforderlich, die Fragestellung methodisch einzuordnen. Diese methodische Untersuchung soll schon hier vor der Darstellung der Literaturmeinungen erfolgen; denn mit Hilfe der richtigen methodischen Erfassung läßt sich ein gewisser Rahmen für die verwendbare Argumentation nicht nur bei der Entwicklung der eigenen Lösung, sondern auch für

die kritische Würdigung der Literaturmeinungen gewinnen.

### I. Wortlaut des Gesetzes

Im Gesetzeswortlaut der §§ 21 - 26 BetrVG, die sich mit der Amtszeit des Betriebsrats befassen, ist der Arbeitskampf als möglicher Beendigungsgrund für das Betriebsratsamt nicht erwähnt. Das Betriebsratsamt endet nach § 24 BetrVG dann, wenn das Arbeitsverhältnis gelöst wird. Ausgehend von der Suspendierungstheorie werden die Arbeitsverhältnisse während des Arbeitskampfes jedoch nicht gelöst, sie ruhen lediglich. Nach dem Wortlaut besteht daher einmal die Möglichkeit, daß die §§ 21 - 26 BetrVG eine abschließende Regelung darstellen sollen und das Ruhen der Arbeitsverhältnisse keinen Einfluß auf die Fortdauer der Amtsstellungen haben soll; zum anderen ist es nach dem Wortlaut auch denkbar, daß dieser Sonderfall im BetrVG zwar nicht berücksichtigt worden ist, von ihm aber trotzdem Folgen für das Fortbestehen des Betriebsratsamtes ausgehen sollen. Der Wortlaut allein sagt darüber nichts.

### II. Feststellung einer Gesetzeslücke

Das Betriebsverfassungsgesetz stammt vom 11. Oktober 1952. Die zu dieser Zeit herrschende Ansicht <sup>1)</sup> ging davon aus, daß eine Arbeitsniederlegung infolge eines Streiks oder einer Aussperrung individualrechtlich nur nach vorheriger Kündigung des Arbeitsvertrages rechtmäßig sei. Die Arbeitsverhältnisse wurden also mit Kampfbeginn aufgelöst, und nach § 24 BetrVG endete auch das Betriebsratsamt. Inzwischen sehen jedoch die Rechtsprechung und der weitaus größte Teil der Lehre rechtmäßige Streiks und Aussperrun-

---

1) Nikisch, Lehrbuch, II. Bd., § 66 I; ders. BB 1952, 724; Dietz BB 1962, 294; ders. SAE 1954, 92; Lehmann SAE 1952, 90; weitere Nachweise vgl. BAG 1, 291 ff.

gen auch aus der Sicht des Einzelarbeitsvertrages als rechtmäßige Kampfmittel an <sup>1)</sup>. Streik und Aussperrung bewirken nach der hier zugrundegelegten Suspendierungstheorie nur ein Ruhen der Hauptpflichten des Arbeitsvertrages <sup>2)</sup>. Eine Kündigung des Arbeitnehmers bzw. des Arbeitgebers ist nicht mehr Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfes.

Das Gesetz kann für diese später entstandene, neue Auffassung von Streik und Aussperrung als rechtmäßige Kampfmittel mit Suspensivwirkung keine Regelung vorgesehen haben. Es besteht daher im Bereich der §§ 21 - 26 BetrVG eine Lücke im Gesetz <sup>3)</sup>. Diese Lücke gilt es durch Gewinnung eines entsprechenden Rechtssatzes zu schließen.

### III. Methode der Lückenfüllung

Die am Wortsinn orientierte, grammatikalische Methode scheidet aus, da das Gesetz für die zu klärende Frage, die erst nach Erlaß des Gesetzes entstanden ist, keine wörtliche Regelung enthält. Aus dem gleichen Grunde ist auch die systematische Methode, die vom Zusammenhang der einzelnen Vorschriften und der Stellung einer Norm im Gesetz ausgeht, in diesem Falle untauglich. Auch die historische Methode, die anhand der Entstehungsgeschichte und der Materi-

---

1) vgl. Brox-Rüthers § 12 II, S. 219, Fußn. 5 m.w.N.

2) vgl. Einleitung, S. 7

3) Nach Ph. Heck, AcP 112, 1 ff (169), handelt es sich in einem solchen Fall um eine "sekundäre" Lücke, die dadurch entstehen könne, "daß die Verhältnisse sich im Laufe der Zeit ändern". Larenz, Methodenlehre, S. 286, bezeichnet solche Lücken, die dadurch entstehen, daß der Gesetzgeber nachträglich auftauchende Fragen noch nicht hat sehen können, als nachträgliche, unbewußte Lücken. Auch Enneccerus-Nipperdey, S. 338, sprechen von Lücken, die dadurch entstanden sind, daß die Fragen noch nicht entschieden werden konnten, weil sie erst nach Erlaß des Gesetzes entstanden sind.

alien zum Ergebnis zu kommen sucht, muß in diesem Fall versagen, da die an der Gesetzgebung beteiligten Personen davon ausgingen, ein rechtmäßiger Arbeitskampf sei lediglich nach vorheriger Kündigung denkbar. Allein mit Hilfe der teleologischen Methode, die ausgehend von der Interessenlage nach dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung fragt, erscheint eine Lösung dieses Problems möglich.

Nach Ph. Heck <sup>1)</sup> beginnt eine Lückenfüllung damit, daß diejenigen Interessen festgestellt werden, die für die zutreffende Entscheidung von Bedeutung sind; dabei können im Gesetz geschützte Interessen und auch gleichwertige berücksichtigt werden; diese Interessen sind miteinander zu vergleichen und nach einem Werturteil, das aus dem Gesetz entnommen oder, falls ein solches Werturteil nicht vorhanden ist <sup>2)</sup>, sonst ermittelt wird, gegeneinander abzuwägen. Fehlt ein gesetzliches Werturteil, so kann die Gebotsbildung dadurch gekennzeichnet werden, daß nach dem "mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers" gefragt wird <sup>3)</sup>. Auch Bartholomeyczik <sup>4)</sup> geht von der Feststellung aller "privaten und öffentlichen Interessen, Rechtswerte und Richtigkeitsgedanken" aus, die von der Entscheidung berührt werden. Darauf soll die Rangordnung der festgestellten Interessen und Rechtswerte herausgearbeitet und schließlich das die Rangordnung begründende Werturteil des Gesetzgebers ermittelt werden <sup>5)</sup>. Nach den berechtigten Interessen fragen auch Enneccerus-Nipperdey <sup>6)</sup>, die das zu gewinnende Ergebnis außerdem noch an verschiedenen Maßstäben, z.B. dem der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit, der Praktikabilität, der Zumut-

---

1) AcP 112, 1 ff (225/226).

2) Ph. Heck, AcP 112, 231.

3) Ph. Heck, AcP 112, 239.

4) Bartholomeyczik, S. 47.

5) Bartholomeyczik, S. 48.

6) Enneccerus-Nipperdey, S. 343.

barkeit und der Rechtssicherheit messen wollen.

Ohne auf die in Einzelfragen voneinander abweichenden Auffassungen der genannten Autoren einzugehen, kann für den Bereich der Lückenfüllung von folgender Untersuchungsmethode ausgegangen werden: Zunächst sind sämtliche von der gesuchten Regelung betroffenen Interessen festzustellen. Darauf ist ein gesetzliches Werturteil zu suchen, nach dem die Entscheidung auf Grund eines Interessenvergleichs gefunden werden kann. Fehlt ein Werturteil des Gesetzes, ist ein solches nach dem mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers zu ermitteln und der Interessenvergleich anhand dieses Werturteils vorzunehmen <sup>1)</sup>. Dabei sind gesetzliche Bewertungsmaßstäbe, z.B. der Praktikabilität, der Zumutbarkeit, der Rechtssicherheit oder der Notwendigkeit, zu berücksichtigen <sup>2)</sup>. Eine Lösung der Frage nach der Fortdauer der Amtsstellungen des Betriebsrats soll anhand dieser Methode versucht werden. Zugleich lassen sich aus diesen methodischen Überlegungen Argumente für eine Kritik der Literaturmeinungen ableiten.

## B. Kritische Darstellung der Literaturmeinungen

Die Fülle der Literaturstimmen läßt sich, ausgehend von den verschiedenen Ergebnissen, in vier Gruppen gliedern. Dementsprechend sollen zunächst die Meinungen behandelt werden, die das Erlöschen des Amtes während des Arbeitskampfes vertreten. Daraufhin sind die Ansichten zu erörtern, die das vollständige Ruhen der Amtspflichten, das unbeeinträchtigte Fortbestehen des Amtes bzw. das beschränkte Fortbestehen der Amtspflichten annehmen.

---

1) Westermann, Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, S. 8.

2) Westermann, aaO, S. 4 A I 1.

## I. Erlöschen des Amtes

Zu der Annahme, das Betriebsratsamt erlösche infolge des Arbeitskampfes, kommen einige Autoren ausgehend von der Lösungstheorie <sup>1)</sup>. Würden während des Arbeitskampfes die Arbeitsverhältnisse gelöst, und werde der Kampf ohne eine Wiedereinstellungsklausel mit Normwirkung beendet, so erlösche das Betriebsratsamt.

Diese Möglichkeit scheidet jedoch im Rahmen dieser Arbeit aus, da nach der hier vertretenen Suspendierungstheorie eine Lösung der Arbeitsverhältnisse nicht in Betracht kommt. Die Ansicht, das Betriebsratsamt erlösche während des Arbeitskampfes, ohne daß gleichzeitig das Arbeitsverhältnis endet, wird in der Literatur nicht vertreten.

## II. Vollständiges Ruhen der Amtspflichten

Ein großer Teil der Literatur kommt zu dem Ergebnis, das Betriebsratsamt bestehe während des Arbeitskampfes zwar weiter, die Amtspflichten könnten jedoch nicht ausgeübt werden. Dieses Ergebnis wird von zwei verschiedenen Ansatzpunkten aus erreicht, einmal, indem von einem Arbeitskampf mit Lösungswirkung ausgegangen wird, zum anderen auf Grund der Suspendierungstheorie.

### 1. Vollständiges Ruhen der Amtspflichten nach der Lösungstheorie

Ausgehend von einer vertragslösenden Wirkung des Arbeitskampfes und einer anschließenden Wiedereinstellungsklausel mit Normwirkung soll das Betriebsratsamt auch nach dem Arbeitskampf trotz Lösung der Arbeitsverhältnisse fort-

---

1) Molitor BB 1955, 454 (455); Maus, § 24 Anm. 15, S. 189; Dietz § 22 Anm. 32; Galperin-Siebert § 22 Anm. 16; Hueck-Nipperdey, II. Bd., § 58 III 4, S. 738; Siebrecht S. 178.

bestehen <sup>1)</sup>. Während des Kampfes sei noch ungewiß, ob eine normative Wiedereinstellungsklausel zustandekomme, ob also das Betriebsratsamt fortbestehe. Deshalb seien die Betriebsratsmitglieder für die Kampfdauer an der Ausübung ihres Amtes zeitweilig verhindert, d.h. die Amtspflichten ruhen.

Auch dieser Begründungsversuch scheidet als Lösungsmöglichkeit aus, da er von der hier abgelehnten Lösungstheorie bzw. einer individualrechtlichen Sicht des Arbeitskampfes <sup>2)</sup> ausgeht.

## 2. Vollständiges Ruhen der Amtspflichten nach der Suspendierungstheorie

Nach der Lösungstheorie ist es neben der oben erörterten Möglichkeit, daß die Arbeitsverhältnisse infolge des Arbeitskampfes gelöst werden, auch denkbar, daß die Arbeitsverhältnisse z.B. bei einem Angriffsstreik infolge des Arbeitskampfes lediglich ruhen. Einige Vertreter der Lösungstheorie <sup>3)</sup> nehmen für diesen Fall der suspendierenden Wirkung des Arbeitskampfes an, die Amtspflichten der Betriebs-

- 
- 1) Maus § 24 Anm. 15, S. 189; Dietz, Komm. z. BetrVG § 22 Anm. 32, Galperin-Siebert § 22 Anm. 16; Meissinger, Komm. z. BetrVG § 22 Anm. 9; Siebrecht, S. 178; Hueck-Nipperdey, II. Bd., § 58 III 4, S. 738; a.A. Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 24 Anm. 18, die das Amt auch ohne Wiedereinstellungsklausel mit der Wiedereinstellung ebenfalls wieder aufleben lassen wollen; so auch das RAG in ständiger Rechtsprechung, z.B. RAG ARS 4, 100; 5, 190 (196); 6, 223; 8, 227; 11, 358; 14, 326; 16, 492, mit der einschränkenden Voraussetzung, daß der überwiegende Teil der Belegschaft wieder eingestellt werden muß.
  - 2) Nach Ansicht des RAG war ein rechtmäßiger Arbeitskampf nur nach einer Kündigung möglich.
  - 3) Maus § 24 Anm. 15; Dietz, Komm. z. BetrVG, § 22 Anm. 32a; Galperin-Siebert § 22 Anm. 26; Siebrecht, S. 178; Hueck-Nipperdey, II. Bd., § 58 III 4, S. 738; Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 24 Anm. 18.

ratsmitglieder ruhten während des Arbeitskampfes. Das Ruhen sämtlicher Amtspflichten wird aus dem Ruhen der Arbeitsverhältnisse und der Kampfsituation gefolgert. Bulla <sup>1)</sup> sagt dazu, bei einem Arbeitskampf mit Suspensivwirkung erlösche das Amt mangels Lösung der Arbeitsverhältnisse nicht; es könne nur vom Inhaber nicht ausgeübt werden, weil er sich als Arbeitnehmer am Streik beteilige.

Soweit dieser Meinung die Annahme zugrundeliegt, die Amtspflichten ruhten allein deshalb, weil auch die Arbeitsverhältnisse der Betriebsratsmitglieder suspendiert seien, kann ihr nicht gefolgt werden. Aus dem Ruhen der Arbeitsverhältnisse folgt nicht zwingend das Ruhen des Betriebsratsamtes <sup>2)</sup>. Die wohl herrschende Ansicht begründet das damit, daß die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer Kollektivrechte seien, die nicht im Einzelarbeitsverhältnis ruhten <sup>3)</sup>. Wenn jedoch die Beteiligungsrechte nicht vom Einzelarbeitsverhältnis abhängig seien, dann könne eine Rechtsänderung im Arbeitsverhältnis keine Wirkungen für die Beteiligungsrechte auslösen.

---

1) AR-Blattei, Arbeitskampf II G V.

2) Brox-Rüthers § 14 II 3, S. 241; Neumann-Duesberg, S. 146.

3) Dietz, Komm. z. BetrVG, § 1 Anm. 3; Siebert BB 1952, 832; Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 1 Anm. 24; Galperin-Siebert, vor § 21 Anm. 4; Neumann-Duesberg, S. 120, 204; Thomanek, S. 34; Kanes, S. 182 f.

Diese Ansicht wird damit begründet, daß aus dem Einzelarbeitsverhältnis als einzigem Arbeitsverhältnis eines Betriebes noch kein Mitbestimmungsrecht nach dem BetrVG entspringe. Erst an eine Mehrheit von Arbeitsverhältnissen - nach § 8 BetrVG mindestens fünf - knüpfe der Gesetzgeber das Mitbestimmungsrecht. Daraus ergebe sich, daß die Rechte, da sie erst mit Auftreten einer Mehrheit entstanden, auch nur einer Mehrheit zustehen könnten. Ausgehend von der Mitbestimmung als einer Gestaltungsform des kollektiven Arbeitsrechts erscheine es gerade dem kollektiven Charakter dieses Rechtsgebiets systemfremd, wolle man die Grundlage für das Mitbestimmungsrecht in dem Einzelarbeitsvertrag suchen.

Aus dieser teilweise begrifflichen Argumentation leitet die herrschende Meinung das Ergebnis ab, daß die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nicht in den Einzelarbeitsverhältnissen ruhen.

Aber selbst wenn man ungeachtet dieser begrifflichen Argumentation die Wurzel der Beteiligungsrechte im Einzelarbeitsverhältnis sieht, muß das Ruhen der Hauptpflichten - Arbeits-, Beschäftigungs- und Lohnzahlungspflicht - allein nicht unbedingt zum Ruhen der Beteiligungsrechte führen, da das Arbeitsverhältnis im übrigen bestehen bleibt. Die Beteiligungsrechte wurzeln ja sicherlich nicht in der Arbeits-, Beschäftigungs- oder Lohnzahlungspflicht.

Auch das Argument, das Ruhen des Amtes folge aus der Kampfsituation, wer sich am Streik beteilige, könne das Betriebsratsamt nicht ausüben, kann nicht überzeugen. Dieser formaljuristische Begründungsversuch läßt die hier allein bedeutsame Interessenlage völlig unberücksichtigt. Schon eine oberflächliche Betrachtung der Interessensituation ergibt, daß ein vollständiges Ruhen der Amtspflichten den Begrenzenvorstellungen der Beteiligten nicht gerecht werden kann. So hat der Arbeitgeber, zu dessen Vorteil nach der hier vertretenen Meinung die Amtspflichten während des Arbeitskampfes ruhen sollen, unter Umständen ein starkes Interesse daran, daß der Betriebsrat auch während des Arbeitskampfes seine Amtspflichten ausübt; dieser Wunsch besteht z.B. dann, wenn während des Kampfes Erhaltungsarbeiten erforderlich sind und dem Betriebsrat für diese Erhaltungsarbeiten gewisse Rechte und Pflichten aus seinem Amt obliegen <sup>1)</sup>.

Eine genauere Begründung für die Annahme, das Betriebsratsamt ruhe während des Arbeitskampfes vollständig, findet sich bei Neumann-Duesberg <sup>2)</sup>. Neumann-Duesberg geht von der Frage aus, ob die betrieblichen Beteiligungsrechte während des Arbeitskampfes ruhen. Er zeigt zunächst, daß ein Ruhen der Beteiligungsrechte nicht allein durch das Ruhen der Ar-

---

1) Brox-Rüthers § 14 II 3, S. 241.

2) Neumann-Duesberg, Lehrbuch, S. 141 ff.

beitsverhältnisse bedingt sein kann, da die Beteiligungsrechte nicht im Einzelarbeitsverhältnis wurzeln.

Aus dem Wesen des Arbeitskampfes jedoch ergebe sich das Ruhen der Beteiligungsrechte. Das BetrVG, welches grundsätzlich bestimmte Beteiligungsrechte auf die Arbeitnehmer übertrage, müsse für den Streik restriktiv ausgelegt werden. Streik sei Kampf und legaler Streik das zulässige Kampfmittel der Arbeitnehmer zur Erreichung eines Kampfzieles. Auch der Arbeitgeber habe infolge des Grundsatzes der Kampfparität bestimmte Gegenmittel, wobei dem Grundsatz der Kampfparität folgend die Kampfmittel beider Seiten gleich stark sein müßten. Dieser Forderung widerspreche es jedoch, wenn die Arbeitnehmer bei streikbedingten Entscheidungen der Arbeitgeber oder auch solchen, die nicht aus Anlaß des Streiks getroffen würden, ein Mitspracherecht besäßen. "Wer gegen den Arbeitgeber kämpft, kann nicht mit ihm die durch den Streik notwendig gewordenen Entscheidungen treffen." Aus dem Grundsatz der Solidarität ergebe sich, daß auch nichtstreikende Arbeitnehmer diesem Grundsatz unterlägen. Auch ihre Beteiligungsrechte sollen daher ruhen. Daraus folge, daß die Beteiligungsrechte während des Kampfes überhaupt ruhen müßten.

Das Einzelamt streikender Betriebsratsmitglieder ruhe schon deshalb während des Streiks, weil keine Beteiligungsrechte vorhanden seien. Neumann-Duesberg führt noch weitere Gründe für das Ruhen der Beteiligungsrechte an. Falls alle oder die meisten Betriebsratsmitglieder streikten, sei kein Betriebsrat mehr vorhanden, der die Beteiligungsrechte wahrnehmen könne. Die vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat sei während des Streiks in Frage gestellt. Der Betriebsrat müsse einerseits den Betrieb wegen § 49 Abs. I BetrVG unterstützen, dürfe andererseits aus Gründen der Solidarität das Betriebswohl nicht fördern. Es sei eine Überforderung des Betriebsrats, wolle man ihm zumuten, in diesem Konflikt eine Entscheidung zu treffen.

Neumann-Duesberg <sup>1)</sup> unterscheidet innerhalb seiner Darstellung die Fragen nach dem Ruhen der Beteiligungsrechte, dem Ruhen des Einzelamtes und dem Ruhen der Funktion des Betriebsrats in seiner Gesamtheit. Die Aufteilung Neumann-Duesbergs ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung. Es gilt allein festzustellen, ob den Betriebsratsmitgliedern während des Arbeitskampfes Mitbestimmungsrechte zustehen oder nicht. Dabei ist es unerheblich, ob die Entscheidung ausgehend von den Beteiligungsrechten, dem Einzelamt oder dem Betriebsratsamt in seiner Gesamtheit begründet wird. Denn ein Amt ruht, wenn die Amtsrechte und -pflichten ruhen; andererseits können sich aus einem Amt keine Rechte und Pflichten ergeben, wenn das Amt selbst in vollem Umfang ruht. Diese Unterscheidung gibt Neumann-Duesberg selbst der Sache nach auf, da er das Ruhen des Amtes aus dem Ruhen der Beteiligungsrechte ableitet und das Ruhen beider mit ähnlichen, teils gleichen Überlegungen begründet <sup>2)</sup>.

Die Begründung Neumann-Duesbergs, aus dem Gebot der Kampfparität und dem Wesen des Arbeitskampfes folge das Ruhen aller Beteiligungsrechte, läßt die bedeutsame Interessenlage, auf die es hier entscheidend ankommt, außer acht. Zwar kann man aus dem Gebot der Kampfparität ableiten, daß es unzulässig sein muß, wenn der Betriebsrat als "Interessenvertreter" der Arbeitnehmer auf dem Umwege über das Mitbestimmungsrecht die Entscheidungen des Arbeitgebers auch während des Arbeitskampfes beeinflussen kann. Neumann-Duesberg könnte man daher zustimmen, wenn der Betriebsrat ausschließlich "Interessenvertreter" der Arbeitnehmer wäre. Bei dieser Argumentation bleibt aber unberücksichtigt, daß kein zwingender Grund für die Annahme besteht, der Betriebsrat sei allein "Interessenvertreter" der Arbeitnehmer. Für den Bereich der Erhaltungsarbeiten, innerhalb dessen der Arbeit-

---

1) Neumann-Duesberg, Lehrbuch, S. 141 ff.

2) Neumann-Duesberg, Lehrbuch, S. 146.

geber unter Umständen ein starkes Interesse an der Tätigkeit des Betriebsrats auch während des Arbeitskampfes besitzt <sup>1)</sup>, ist diese Annahme z.B. höchst zweifelhaft, da die Erhaltung des Betriebes vor allem im Interesse des Arbeitgebers erfolgt. Die Begründung des vollständigen Ruhens der Amtspflichten aus dem Gebot der Kampfparität ist daher allenfalls für einen Teilbereich überzeugend.

Auch die weitere Überlegung Neumann-Duesbergs, das Betriebsratsamt müsse während des Arbeitskampfes ruhen, da der Betriebsrat nicht in eine schwer lösbare Konfliktsituation zwischen Solidaritätspflicht und der Verpflichtung aus § 49 Abs. I BetrVG gestellt werden dürfe, ist nicht zwingend. Sie setzt voraus, daß die Konfliktsituation in allen Bereichen der Amtstätigkeit des Betriebsrats besteht. Hier zeigt ebenfalls das Beispiel der betrieblichen Erhaltungsarbeiten, daß mit dieser formellen Argumentationsweise eine interessengerechte Lösung nicht möglich ist, da eine solche Konfliktsituation nicht für alle Funktionen des Betriebsrats besteht. Es liegt sowohl im Interesse der meisten Arbeitnehmer - sie wollen ihre Arbeitsplätze nach dem Arbeitskampf wieder einnehmen - als auch im Interesse des Arbeitgebers, daß die Einrichtungen des Betriebes auch während des Arbeitskampfes gepflegt und erhalten werden. Zumindest für diesen Bereich besteht kein Konflikt zwischen der Solidaritätspflicht und dem Gebot aus § 49 Abs. I BetrVG.

Die Möglichkeit des vollständigen Ruhens aller aus dem Betriebsratsamt sich ergebenden Rechte und Pflichten muß daher abgelehnt werden, da sie den Interessen der Kampfbeteiligten nicht gerecht wird.

### III. Unbeeinträchtigtes Fortbestehen des Amtes

Einzelne Vertreter der Lösungstheorie kommen für den

---

1) Brox-Rüthers, § 14 II 3, S. 241.

Fall, daß von einer Arbeitskampsmaßnahme z.B. bei einem Angriffsstreik nur suspendierende Wirkung ausgeht, zu einem anderen Ergebnis. Sie vertreten die Meinung, das Betriebsratsamt bestehe während des Arbeitskampfes mit Suspensivwirkung unbeeinträchtigt fort.

Meissinger <sup>1)</sup> ist der Ansicht, das Amt des Betriebsrats werde vom lediglich suspendierenden Arbeitskampf überhaupt nicht betroffen, es bestehe also während des Arbeitskampfes unbeeinträchtigt weiter. Zur Begründung verweist er auf den Beschluß des BAG vom 28.1.1955; das BAG habe den Rechtskreis des Arbeitskampfes dem Rechtskreis des Arbeitsvertragsrechts gegenübergestellt. Es habe deshalb abgelehnt, den Arbeitskampf "arbeitsvertraglichen Bindungen zu unterwerfen". Meissinger will nun dem BAG entsprechend dem Rechtskreis des Arbeitskampfes den des Betriebsverfassungsrechts gegenüberstellen. Vorgänge des Arbeitskampfes sollen Wirkungen für den Bereich des Betriebsverfassungsrechts nicht entfalten können. Der Arbeitskampf lasse die Betriebsvertretungen unberührt. Störungen der Betriebsverfassung, der Betriebsräte oder der einzelnen Betriebsratsmitglieder seien undenkbar. Der Betriebsrat und das Betriebsratsamt beständen also auch während des Arbeitskampfes fort. Demgegenüber treffe die Betriebsratsmitglieder aber auch eine verstärkte Pflicht zur Neutralität. Die Amtsfortdauer während des Arbeitskampfes sei daher untrennbar mit dem Leitsatz des § 49 Abs. I BetrVG verbunden.

Schon vom Ergebnis her kann dieser Lösungsversuch Meissingers <sup>2)</sup> nicht befriedigen, da nach dieser Lösung die Betriebsratsmitglieder völlig außerhalb des Arbeitskampfes

---

1) Meissinger, Komm. z. BetrVG, § 22 Nr. 9, S. 96; DB 1955, 725; für den vertragslösenden Arbeitskampf ist Meissinger der Ansicht, daß das Amt dann zunächst erlöschen müsse, vgl. oben II 1 Fußn. 1, S. 14.

2) DB 1955, 725 ff.

stehen würden <sup>1)</sup>. Meissingers Begründung geht ausschließlich von Begriffen, wie z.B. Rechtskreis des Arbeitskampfrechts, des Arbeitsvertragsrechts oder des Betriebsverfassungsrechts aus. Diese rein begriffliche Ableitung erscheint bereits von der Methode her bedenklich, vermag aber auch aus begrifflicher Sicht nicht zu überzeugen. Meissinger will seine Ansicht als eine Weiterentwicklung des Beschlusses des BAG vom 28.1. 1955 verstanden wissen. Dabei kann ihm jedoch nicht gefolgt werden, weil das BAG von einem anderen Ansatzpunkt ausgeht. Nach dem BAG kann der Arbeitskampf als einheitliches Geschehen nicht kollektivrechtlich als rechtmäßig und individualrechtlich als rechtswidrig behandelt werden.

Das BAG ordnet den Arbeitskampf insgesamt als kollektivrechtliche Erscheinung ein und damit als grundsätzlich rechtmäßiges Kampfgeschehen <sup>2)</sup>. Es stellt also für den Bereich des Arbeitskampfrechts insoweit einen Vorrang des kollektiven Rechts vor dem Individualrecht fest, als die kollektivrechtlich rechtmäßige Arbeitsniederlegung nicht aus individualrechtlicher Sicht rechtswidrig sein soll. Entgegen der Ansicht Meissingers hat das BAG nicht ausgesprochen, daß der kollektivrechtliche Rechtskreis des Arbeitskampfrechts im individualrechtlichen Arbeitsvertragsrecht überhaupt keine Wirkung entfalten könne, sondern lediglich, daß bei der Kollision von kollektivem Arbeitskampfrecht und Arbeitsvertragsrecht der kollektivrechtlichen Bewertung der Arbeitsniederlegung der Vorrang eingeräumt werden müsse. Der Analogieschluß Meissingers, das kollektivrechtliche Arbeitskampfrecht könne auch für den Bereich des Betriebsverfassungsrechts keine Wirkkraft besitzen, ist daher unbegründet, zumal es äußerst fraglich erscheint, ob das Betriebsverfassungsrecht ohne weiteres als Rechtskreis dem Individualrecht

---

1) Dietz; Komm. z. BetrVG § 22 Anm. 32, meint, eine solche Regelung entspreche nicht dem "Recht und der Wirklichkeit des Arbeitskampfes".

2) BAG 1, 303 ff.

vergleichbar ist. Abstrakt ausgedrückt läßt sich sagen, daß das BAG aufzeigt, wie eine Kollision zweier Rechtskreise zu lösen ist, während Meissinger zunächst unterstellt, eine Berührung der beiden Rechtskreise solle nach BAG nicht stattfinden, und weiter entsprechend folgert, dies gelte auch für das Wirkungsverhältnis zwischen einem der beiden Rechtskreise und einem beliebigen anderen <sup>1)</sup>.

Neben diesen Bedenken ergeben sich Zweifel an der Ansicht Meissingers vor allem deshalb, weil er die Interessen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer unbeachtet läßt. Es liegt auf der Hand, daß es den Interessen des Arbeitgebers zuwiderlaufen würde, wenn der Betriebsrat während des Arbeitskampfes ein Mitbestimmungsrecht z.B. bei einer teilweisen Betriebsstillegung oder bei einer Arbeitszeitverlegung besäße. Der Ansicht Meissingers kann daher, weil sie die ausschlaggebende Interessensituation unberücksichtigt läßt, nicht gefolgt werden.

Mit einer anderen Begründung kommt das Arbeitsgericht Wilhelmshaven <sup>2)</sup> ebenfalls zu dem Ergebnis, das Betriebsratsamt bestehe während des Arbeitskampfes unbeeinträchtigt fort. Es meint, die §§ 22 - 24 BetrVG enthielten eine abschließende Aufzählung der Beendigungsgründe des Betriebsratsamtes. Da der Arbeitskampf, soweit er Suspensivwirkung entfalte, in den §§ 22 - 24 BetrVG nicht als Beendigungsgrund für das Betriebsratsamt genannt sei, komme eine Beeinträchtigung des Betriebsratsamtes infolge des Arbeitskampfes nicht in Betracht.

Die Ansicht des Arbeitsgerichts Wilhelmshaven, die §§ 22 - 24 BetrVG enthielten eine abschließende Regelung für die Beendigung des Betriebsratsamtes, ist nicht zutreffend. Erst nach Erlaß des BetrVG am 11. Oktober 1952 ist der Ar-

---

1) Meissinger, DB 1955, 727 "Zusammenfassung".

2) SAE 58, Nr. 22.

beitskampf als kollektivrechtliche Erscheinung eingeordnet und seine suspendierende Wirkung, ausgehend von der Rechtmäßigkeit der streikbedingten Arbeitsniederlegung, erkannt worden. Zur Zeit des Erlasses der §§ 22 - 24 BetrVG ging man noch davon aus, daß sich der Arbeitskampf auf der Grundlage des Individualrechts vollzöge. Die §§ 22 - 24 BetrVG können daher im Hinblick auf die Suspensivwirkung des Arbeitskampfes keine abschließende Regelung enthalten <sup>1)</sup>.

#### IV. Beschränktes Fortbestehen des Betriebsratsamtes

In den Abschnitten I - III sind die Literaturmeinungen ausgeschieden worden, die als Ergebnis das Erlöschen des Amtes, das vollständige Ruhen der Amtspflichten bzw. das uneinträchtigte Fortbestehen des Amtes annehmen. Es verbleibt als letzte denkbare Regelung zur Lösung des in diesem Kapitel aufgeworfenen Problems allein die Möglichkeit, ein beschränktes Fortbestehen des Betriebsratsamtes anzunehmen.

Diese Meinung wird im Ergebnis von Brox-Rüthers <sup>2)</sup> und von Gangloff <sup>3)</sup> vertreten. Ihre insoweit gleiche Entscheidung begründen die Verfasser jedoch von unterschiedlichen Ansatzpunkten aus.

Gangloff <sup>4)</sup> geht davon aus, daß die §§ 22 - 24 BetrVG keine abschließende Regelung für die Beendigung des Betriebsratsamtes darstellen können, da die lediglich suspendierende Wirkung des Arbeitskampfes erst nach Erlaß des BetrVG erkannt worden sei. Er meint weiter, die Frage nach dem Fortbestehen des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats während des Arbeitskampfes sei daher nicht nach den Vorschriften des BetrVG zu lösen. Man müsse vielmehr von dem Grundsatz der Kampfpä-

---

1) vgl. oben A II; Gangloff, Anm. zur Entscheidung des ArbG Wilhelmshaven, SAE 58, Nr. 22, S. 82.

2) Brox-Rüthers § 14 II 3, S. 241.

3) Anm. zur Entscheidung des ArbG Wilhelmshaven, SAE 58, Nr. 22, S. 82.

4) Gangloff aaO, S. 82.

rität ausgehen, der es gebiete, daß der Betriebsrat bei arbeitskampfbedingten Arbeitgeberentscheidungen kein Mitbestimmungsrecht besitze, da er sonst die Position des Arbeitgebers über sein Mitbestimmungsrecht ungünstig beeinflussen könne. Außerdem gerate der Betriebsrat in eine schwierige Situation bei Ausübung der Mitbestimmung, da seine Solidaritätspflicht und die Pflicht aus § 49 Abs. I BetrVG einander entgegengesetzte Handlungen gebieten würden. Gangloff kommt danach zu dem Ergebnis, daß dem Betriebsrat für arbeitskampfbedingte Arbeitgebermaßnahmen kein Mitbestimmungsrecht zusteht. D.h., daß das Betriebsratsamt während des Kampfes an sich fortbesteht, daß jedoch ein bestimmter Teil der Mitbestimmungsrechte ruht.

Brox-Rüthers <sup>1)</sup> sind ebenfalls der Ansicht, das Betriebsratsamt bestehe während des Arbeitskampfes fort. Das folge daraus, daß es auch während des Kampfes noch betriebliche Beteiligungsrechte und -pflichten gebe. Zur Begründung dienen betriebliche Erfordernisse, so z.B. betriebsverfassungsrechtliche Befugnisse und Aufgaben des Betriebsrats bei der Durchführung von Erhaltungsarbeiten oder eine Tätigkeit des Betriebsrats bei notwendigen Verwaltungsmaßnahmen in betrieblichen Sozialeinrichtungen. Auch die Praxis zeige, daß Arbeitgeber und Betriebsrat während des Kampfes aus Gründen der Sicherheit des ruhenden Betriebes und auch eines glatten Wiederanlaufens der Produktion nach Kampfbende häufig zusammenarbeiteten. Während das Amt also fortbestehen soll, bleibt es offen, in welchem genauen Umfang die Beteiligungsrechte erhalten bleiben.

Der Gedankengang Gangloffs <sup>2)</sup>, aus dem Gebot der Kampfparität folge, daß das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zumindestens bei arbeitskampfbedingten Arbeitgeber-

1) Brox-Rüthers § 14 II 3, S. 241.

2) Anm. zur Entscheidung des ArbG Wilhelmshaven, SAE 58, Nr. 22, S. 82.

berentscheidungen ruhen müsse, enthält eine interessengerechte Bewertung. Es besteht nämlich ein starkes Interesse des Arbeitgebers daran, Entscheidungen, die er aus Anlaß des Arbeitskampfes trifft, unabhängig vom Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats treffen zu können. Auch sein weiteres Argument, der Betriebsrat dürfe nicht in eine schwer lösbare Konfliktsituation zwischen Solidaritätspflicht und der Verpflichtung aus § 49 Abs. I BetrVG gebracht werden, spricht dafür, die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zumindest für arbeitskampfbedingte Arbeitgeberentscheidungen ruhen zu lassen. Denn bei arbeitskampfbedingten Arbeitgeberentscheidungen kollidieren die Interessen der Arbeitnehmer, die während des Arbeitskampfes auf eine Schädigung des Arbeitgebers - allerdings in erlaubten Grenzen - gerichtet sind, mit den Erfordernissen des Betriebswohls.

Auch die Begründung von Brox-Rüthers <sup>1)</sup> stellt eine interessengerechte Behandlung des Problems dar. Denn es läßt sich nicht leugnen, daß es betriebsdienlich und praktisch unerläßlich ist und den Interessen des Arbeitgebers und auch der Arbeitnehmer entspricht, soweit diese an der Erhaltung des Betriebes auch während des Kampfes ein Interesse haben, wenn der Betriebsrat für die Erhaltungsarbeiten und die notwendigen Verwaltungsmaßnahmen betrieblicher Sozialeinrichtungen gewisse Befugnisse und Aufgaben auch während des Arbeitskampfes innehat. Die entsprechende Handhabung in der Praxis legt es nahe, von einem zumindest beschränkten Fortbestehen des Betriebsratsamtes während des Arbeitskampfes auszugehen. Denn die Parteien des Arbeitslebens haben diese Regelung aus einer natürlichen Bewertung der Interessenlage abgeleitet.

Auf Grund dieser beiden Literaturstimmen bietet sich folgende Lösung für die Frage nach der Fortdauer der Amtsstellungen der Betriebsratsmitglieder während des Arbeitskampfes an:

<sup>1)</sup> Brox-Rüthers § 14 II 3, S. 241.

1. Das Betriebsratsamt besteht während des Arbeitskampfes fort.
2. Die Amtsrechte und -pflichten ruhen, soweit es sich um Mitbestimmungsrechte bei arbeitskampfbedingten Arbeitgebermaßnahmen handelt, sie bestehen fort, soweit die Ausübung der Mitbestimmungsrechte betriebsdienlich und praktisch unerläßlich ist. Die dabei entscheidenden Fragen, ob eine Arbeitgebermaßnahme arbeitskampfbedingt oder ob die Ausübung der Mitbestimmungsrechte betriebsdienlich ist, werden jeweils von Fall zu Fall auf Grund einer am Einzelfall orientierten Interessenabwägung entschieden.

Diese Lösung erscheint zunächst überzeugend, da mit Hilfe dieser sachgerechten Kriterien eine interessengemäße Beurteilung aller Einzelfälle denkbar ist. Starke Zweifel ergeben sich jedoch, wenn man die Möglichkeit der praktischen Handhabung prüft. Es wird in der Praxis des Arbeitskampfes eine Fülle von Fällen geben, in denen es sowohl dem Arbeitgeber als auch den Betriebsratsmitgliedern nicht möglich sein wird, mit Sicherheit zu beurteilen, ob eine Arbeitgebermaßnahme arbeitskampfbedingt ist, oder ob eine Maßnahme betriebsdienlich erscheint. Z.B. kann es im Einzelfall höchst zweifelhaft sein, ob eine Arbeitszeitverlegung kampfbedingt ist oder nicht, ob eine teilweise Betriebsstillegung arbeitskampf- oder marktbedingt ist, oder ob es sich bei den vom Arbeitgeber gewünschten Erhaltungs- und Verwaltungsarbeiten wirklich um für das Betriebswohl notwendige Arbeiten handelt. Wer soll entscheiden, wenn Arbeitgeber und Betriebsrat in solchen Fällen entgegengesetzter Ansicht sind? Eine Entscheidung des Arbeitsgerichts z.B. kann bei wirklich dringenden Erhaltungsarbeiten nicht mit der notwendigen Schnelligkeit eingeholt werden. Aus diesen Fragen müssen sich zwangsläufig sowohl für den Arbeitgeber als auch für den Betriebsrat große Unsicherheiten ergeben. Gerade solche Unsicherheiten entsprechen aber nicht den Interessen der Personengruppen, deren Belange durch den Arbeitskampf berührt

werden. Sie sind an einer möglichst klaren Regelung interessiert, z.B. deshalb, weil sich aus einem rechtswidrigen Verhalten während des Arbeitskampfes umfangreiche Schadensersatzansprüche ergeben können. Die an sich zutreffenden und interessengerechten Abgrenzungskriterien reichen daher nicht aus, um den Kampfbeteiligten den Kreis ihrer Rechte und Pflichten so zu beschreiben, daß sich daraus eine praktikable Lösung für den Arbeitskampf ergibt.

Es muß daher versucht werden, die einzelnen Befugnisse des Betriebsrats auf Grund einer allerdings notwendig generalisierenden Interessenbewertung daraufhin zu untersuchen, ob sie während des Arbeitskampfes generell ruhen oder fortbestehen sollen. Ein sich daraus für den konkreten Einzelfall ergebendes, vielleicht nicht gänzlich interessengerechtes Ergebnis muß im Interesse der Rechtssicherheit in Kauf genommen werden.

### C. Lösungsversuch auf Grund einer Interessenwertung

Mit Hilfe der oben <sup>1)</sup> erörterten Methode - Feststellung der betroffenen Interessen, Interessenvergleich und Bewertung nach einem gesetzlichen oder sonst ermittelten Werturteil - soll im Folgenden versucht werden, die Frage danach zu beantworten, welche Amtspflichten des Betriebsrats während des Arbeitskampfes fortbestehen und welche ruhen.

#### I. Feststellung der berührten Interessen

Der gesuchte, lückenausfüllende Rechtssatz, der regeln soll, inwieweit der Betriebsrat auch während des Arbeitskampfes seine Tätigkeit ausüben darf, betrifft einerseits die Interessen der Arbeitnehmer und andererseits die der

---

1) vgl. oben unter A

Arbeitgeber. Aus der gestellten Frage, Fortdauer der Amtstellung des Betriebsrats während des Arbeitskampfes, ergeben sich die beiden bestimmenden Bezugspunkte für die Interessenausrichtung der Interessenträger; die beiden Bezugspunkte sind der Arbeitskampf und der Betriebsrat. Die Interessenfeststellung soll für den Bereich des Arbeitskampfes und die Stellung des Betriebsrats getrennt voneinander erfolgen, damit eine übersichtliche Erfassung der berührten Interessen ermöglicht wird.

### 1. Interessenfeststellung im Arbeitskampf

Arbeitgeber und Arbeitnehmer haben im Arbeitskampf in erster Linie entgegengesetzte Interessen, da beide ihr Kampfziel erreichen wollen. Die Arbeitnehmer versuchen, den Arbeitgeber durch einen möglichst vollständigen Produktionsausfall infolge ihrer Arbeitsniederlegung zum Nachgeben zu zwingen. Sie bedienen sich dabei verschiedener Taktiken<sup>1)</sup>. Neben dem Generalstreik, bei dem alle Arbeitnehmer innerhalb des Kampfgebietes die Arbeit einstellen, und dem totalen Streik, bei dem zumindest alle organisierten Arbeitnehmer eines Wirtschaftszweiges die Arbeit niederlegen, wählen die Arbeitnehmer vor allem die Taktik des Schwerpunktstreiks. Dabei streiken z.B. nur die Arbeitnehmer einer Betriebsabteilung oder Arbeitnehmer in Schlüsselpositionen. Der Vorteil einer solchen Kampfführung liegt für die Arbeitnehmer darin, daß dem Arbeitgeber ein Schaden wie bei einem totalen Streik entstehen kann, aber nur wenige Arbeitnehmer den Lohnanspruch verlieren und auf eine Streikunterstützung angewiesen sind. Eine vergleichbare Wirkung tritt ein, wenn nur ein Arbeitgeber eines Arbeitgeberverbandes bestreikt wird.

Solchen Kampftaktiken begegnen die Arbeitgeber damit,

---

1) Brox-Rüthers § 1 B I 2 b, S. 31.

daß sie z.B. alle Arbeitnehmer im gesamten Tarifgebiet aussperren. Sie befreien sich damit von sämtlichen Lohnansprüchen und belasten die Arbeitnehmerseite mit der Zahlung von Streikunterstützungsgeldern. Die Arbeitgeber sind im übrigen bestrebt, die Produktion, soweit es z.B. bei einem Teilstreik möglich ist, aufrechtzuerhalten, damit die wirtschaftliche Situation des Betriebes möglichst wenig durch den Arbeitskampf betroffen wird.

Das Interesse der Arbeitnehmer an einer möglichst wirksamen Kampfführung ist jedoch begrenzt und insoweit nicht schutzwürdig, als es auf eine Ruinierung von Betrieben hinausläuft <sup>1)</sup>. Außer diesen entgegengesetzten Interessen haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer aber auch während des Kampfes ein gemeinsames Interesse, nämlich die Erhaltung des Betriebes mit seinen Einrichtungen. Die Motive der beiden Interessenträger sind zwar auch hier unterschiedlich; denn was der Arbeitgeber zur Erhaltung des Betriebes tut, unternimmt er, um sein Eigentum oder als Vorstand bzw. Geschäftsführer einer juristischen Person um das Eigentum der Aktionäre bzw. Gesellschafter zu schützen; die Arbeitnehmer dagegen sind an der Erhaltung des Betriebes interessiert, weil sie in der Regel auch nach dem Arbeitskampf an ihren alten Arbeitsplatz zurückkehren möchten. Trotz unterschiedlicher Beweggründe streben beide Interessenträger im Ergebnis die Erhaltung der Betriebseinheit an.

## 2. Interessenbindung des Betriebsrats

Das zweite bestimmende Moment innerhalb der zu entscheidenden Interessensituation ist der Betriebsrat. Es ist zu fragen, welcher der beiden Interessenträger, Arbeitgeber oder Arbeitnehmer, an der Tätigkeit des Betriebsrats ein

---

1) Brox-Rüthers § 8 A II 7 b, dd, S. 150.

Interesse hat oder anders, welchen Interessen die Tätigkeit des Betriebsrats dient.

a) Keine Interessenausrichtung durch Einordnung in das Rechtssystem

Man könnte annehmen, daß sich eine bestimmte Interessenbindung des Betriebsrats schon aus der Zuordnung seiner Rechtsstellung zu einem bestimmten Rechtsgebiet herleiten ließe. Es ist in der Literatur umstritten, ob der Betriebsrat einem Sozialrecht als Grenzgebiet zwischen öffentlichem und privatem Recht <sup>1)</sup>, dem öffentlichen Recht <sup>2)</sup> oder dem Privatrecht <sup>3)</sup> zuzuordnen ist. Dieser Streit kann jedoch dahingestellt bleiben, da die Interessenlage nicht von einer solchen begrifflichen Einordnung bestimmt werden kann. Vor allem aus der Einordnung in ein Sozialrecht ließe sich für die Interessenlage sicherlich kein Hinweis entnehmen, da ein Sozialrecht als Grenzgebiet angesehen werden muß, dessen Umriß noch nicht genau erfaßt worden ist <sup>4)</sup>. Eine Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht kann nicht den Vorrang oder das Entstehen bestimmter Interessen bewirken. Denn die Tätigkeit des Betriebsrats kann, wenn sie privatrechtlich geregelt sein sollte, ebenso öffentlichen Interessen dienen, wie sie bei öffentlich-rechtlicher Rege-

- 
- 1) Bührig, Handbuch, S. 101; ders., ArbuR 1953, 2 ff; Neumann-Duesberg, NJW 1954, 617; ders., Lehrbuch, Kap. 25 V 3, S. 338 ff; vgl. weitere Hinweise bei Brox-Rüthers S. 105, Fußn. 40, auch unter Angabe der ablehnenden Stimmen in Fußn. 41, a.A. Kanes S. 67; Frey, RdA 1960, 98.
  - 2) Dietz, Komm. z. BetrVG, § 1 Anm. 15 ff; Molitor, Festschrift für Herschel, S. 116; RAG ARS 14, 45 (48); vgl. weitere ausführliche Hinweise bei Dietz § 1 Anm. 16.
  - 3) so die h. M.; vgl. statt vieler Hueck-Nipperdey, II. Bd. § 52 V 3, S. 690 mit weiteren Hinweisen in Fußn. 45; Thomanek, S. 101, 102; Kanes, S. 132; Gester, S. 112.
  - 4) Kanes, S. 67; Galperin-Siebert, vor § 1 Anm. 42 d; Frey, RdA 1960, 98; Enneccerus-Nipperdey, 1. Halbbd., S. 244; Dietz, Komm. z. BetrVG, § 1 Anm. 16a.

lung auch privaten Interessen verpflichtet sein kann.

b) Betriebsrat als Interessenvertreter der Arbeitnehmerschaft

In der Literatur besteht bezüglich des Verhältnisses zwischen Betriebsrat und Arbeitnehmerschaft ein Streit darüber, ob der Betriebsrat Repräsentant, Vertreter oder Organ der Arbeitnehmerschaft ist. Während ein kleiner Teil <sup>1)</sup> den Betriebsrat als Repräsentant der Belegschaft bezeichnet, soll der Betriebsrat nach einer häufig vertretenen Meinung <sup>2)</sup> Vertreter der Arbeitnehmerschaft sein. Als Hauptargument dieser Ansicht dient der Satz, der Betriebsrat sei primär Interessenvertreter der Arbeitnehmerschaft in beruflicher, wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht und deshalb sei er als gesetzlicher Vertreter kraft Amtes anzusehen. Schließlich wird der Betriebsrat von einer Anzahl Autoren als Organ der Arbeitnehmerschaft angesehen <sup>3)</sup>. Dieses Problem braucht hier nicht entschieden zu werden, da sich aus der verschiedenen rechtlichen Erfassung der Rechtsstellung des Betriebsrats keine unterschiedliche Interessenfeststellung ergibt. Aus dieser Streitfrage insgesamt läßt sich jedoch erkennen, daß der Betriebsrat, gleich unter welcher Bezeichnung, Interessenvertreter der Arbeitnehmer ist. Die Tätigkeit des Betriebsrats dient - das ergibt sich vor allem aus § 49 Abs. I BetrVG -, wenn auch nicht ausschließlich, so zu-

- 
- 1) Gester, S. 129; F.J. Müller, S. 65; weitere Hinweise vgl. Thomanek, S. 15 Anm. 1-3.
  - 2) Hueck-Nipperdey, II. Bd., S. 689; Jacobi, S. 295 ff; Rewolle, RdA 1950, 295; LAG Hamburg, BB 1952, 318; Stauff, S. 16 ff; Rohlfing-Rewolle, § 10 Anm. 2; Bührig, S. 103; Groß, ArbuR, 1953, 71; Sorge, ArbuR, 1953, 272; F.J. Müller, S. 67 Anm. 1 u. 2; Goetz Hueck, S. 32.
  - 3) Bobrowski, S. 478/479; Dersch-Volkmar, S. 1010; Dietz, Komm. z. BetrVG, § 1 Anm. 23 ff; Erdmann, S. 61; Thomanek, S. 38 ff; Galperin-Siebert, § 1 Anm. 69; Flatow, S. 16; Neumann-Duesberg, S. 230 Anm. 5 u. 6; weitere Hinweise vgl. Bührig, S. 102, ähnlich Kolck, S. 30.

mindest teilweise den Interessen der Arbeitnehmer.

c) Betriebsrat als Interessenvertreter des Betriebes, soweit er ein gemeinsames Interesse der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber darstellt

Während früher das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer von der Idee des Klassenkampfes bestimmt war <sup>1)</sup>, traten im Laufe der Entwicklung immer stärker die gemeinsamen, auf den Betrieb bezogenen Interessen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer hervor. Nach einer stark vertretenen Meinung soll der Betriebsrat auch als Sachwalter dieser gemeinsamen Interessen tätig werden <sup>2)</sup>. Diese Entwicklung nahm ihren Anfang schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts. Es machte sich eine Tendenz bemerkbar, die den Arbeitnehmer aus seiner untergeordneten Stellung herausnehmen und ihn mehr zu einem gleichwertigen und daher mitinteressierten Betriebsmitglied machen wollte. Das Betriebsrätegesetz von 1920 wurde jedoch noch als Sicherung gegen eine Benachteiligung der sozial schwächeren Arbeitnehmer angesehen. Daher erschienen die Betriebsräte vor allem als soziale Gegner der Arbeitgeber und als Interessenvertreter der Arbeitnehmer, obwohl das Gesetz den Betriebsräten auch eine Pflicht zur Unterstützung der Arbeitgeber auferlegt hatte.

Immer mehr zeigte sich jedoch infolge der fortschreitenden Technisierung und der wachsenden Verzahnung der gesamten Arbeitsfunktionen, daß nicht die einzelne Arbeitsleistung im Vordergrund stand, sondern vielmehr die gemeinsame Leistung aller Arbeitnehmer in Verbindung mit dem Arbeitgeber. Aus diesem Zusammenwirken entspringt der Produktionserfolg des Betriebes. Daraus entstand eine neue Sicht

1) Thomanek, S. 61; Kanes, S. 213.

2) Herschel, RdA 1948, 49; Fitting-Kraegeloh-Auffarth, § 1 Anm. 15 u. 19; Galperin, RdA 1959, 321 ff; Krause, 39. DJT, S. B 123; Siebert, BB 1952, 832; Galperin-Siebert § 1 Anm. 69 u. vor § 21 Anm. 6 u. 8; Schuldt, S.15; Goetz Hueck, S. 39.

der Leistungen des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers. Der Arbeitnehmer erbringt nicht mehr ausschließlich Arbeitsleistung an den Arbeitgeber, sondern er wirkt als Teil der Betriebsfunktion. Die Leistung des Arbeitgebers besteht nicht mehr allein in der Lohnzahlung, sondern auch in der Koordination aller Arbeitsanteile, also der Organisation des Betriebes. Die gegenseitigen Leistungen erhalten eine Betriebsbezogenheit, so daß sich eine Partnerschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer am gemeinsamen Werk ergibt <sup>1)</sup>. Der Betrieb stellt sich dar als Grundlage und Voraussetzung für das Erbringen der Arbeitsleistung seitens der Arbeitnehmer und auch des Organisationsbeitrages des Arbeitgebers. Daraus ergibt sich auch die veränderte Stellung des BetrVG, welches seinem Namen entsprechend dem Betrieb eine eigene Verfassung geben und ausdrücken will, "daß zu ihr als wesentlicher und vollwertiger Faktor auch der arbeitende Mensch gehört" <sup>2)</sup>. Nach § 49 BetrVG haben Arbeitgeber und Betriebsrat zum Wohl des Betriebes und seiner Arbeitnehmer unter Berücksichtigung des Gemeinwohls zusammenzuarbeiten. Diese Vorschrift bedeutet, daß der Betriebsrat nicht allein Interessenvertreter der Arbeitnehmer sein kann. Eine Interessenbindung besteht vielmehr auch im Verhältnis des Betriebsrats zum Betrieb. Kanes <sup>3)</sup> rechtfertigt weiterhin die Annahme einer betriebsbezogenen Gemeinsamkeit von Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Er sagt u.a., der technische Fortschritt mache in dem Einzelnen bewußt, daß er lediglich einen kleinen Funktionsbeitrag zur Herstellung des Gesamtergebnisses leiste. Der Einzelne erkenne daher die Notwendigkeit eines reibungslosen Miteinanders. Der gemeinsame Betriebswiederaufbau der Nachkriegszeit habe zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern den Betrieb als "Basis gegenseitigen Kontaktes" erscheinen

---

1) Kanes, S. 215; Flatow, S. 34; Herschel, ArbUR 1954, 326; Galperin, RdA 1955, 260; Clauß, NJW 1959, 1408.

2) Herschel, RdA 1956, 168; vgl. auch: Galperin, RdA 1959, 325; Thomaneck, S. 62.

3) Kanes, S. 218 m.w.N.; Galperin, RdA 1959, 325.

lassen. Der Betrieb sei Arbeits-, Interessen- und Funktionsgemeinschaft <sup>1)</sup>, "Arbeitsgemeinschaft, weil jeder Arbeitgeber und Arbeitnehmer seinen Anteil in ihr erbringt, Funktionsgemeinschaft, weil jeder als Funktion innerhalb des Betriebes erscheint, Interessengemeinschaft, weil Arbeitgeber und Arbeitnehmer das gleiche Interesse am Bestand und der Förderung des Betriebes haben" <sup>2)</sup>. Aus diesen Überlegungen ergibt sich, daß die Tätigkeit des Betriebsrates auch gemeinsamen Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern in Bezug auf den Betrieb dient.

Zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern besteht zwar insoweit noch immer ein Interessengegensatz, als beide schließlich zu ihrem eigenen finanziellen Vorteil tätig werden, wenn auch im Rahmen des Betriebes <sup>3)</sup>. So vertritt der Betriebsrat unzweifelhaft auch die Interessen der Arbeitnehmer. Diese Funktion darf jedoch nicht überbewertet werden <sup>4)</sup>, etwa als alleinige Aufgabe des Betriebsrates, da diese Interessenwahrung insbesondere den Gewerkschaften zusteht <sup>5)</sup>. Die Annahme eines gewissen Spannungsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern steht jedoch ihrer Gemeinsamkeit nicht entgegen. Es kann die betriebliche Zusammenarbeit sogar befruchten, wie es in vielen Organismen "belebende Spannungsverhältnisse gibt" <sup>6)</sup>.

### 3. Zusammenfassung

Die von dem gesuchten, lückenausfüllenden Rechtssatz berührten Interessen können etwa folgendermaßen zusammengefaßt werden:

- 
- 1) Galperin-Siebert, § 1 Anm. 6.
  - 2) Kanes, S. 220.
  - 3) Kanes, S. 216/217.
  - 4) Goetz Hueck, S. 39.
  - 5) Fitting-Kraegeloh-Auffarth, § 2 Anm. 12.
  - 6) Kanes, S. 218; Galperin, RdA 1959, 325.

1. Während des Arbeitskampfes haben Arbeitnehmer und Arbeitgeber das entgegengesetzte Interesse, ihre Kampfziele zu erreichen, und ein gemeinsames Interesse an der Erhaltung des Betriebes.
2. Die Tätigkeit des Betriebsrats dient einerseits der Wahrung der Arbeitnehmerinteressen, zum anderen soll sie gemeinsame Interessen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, soweit diese Interessen aus der beiderseitigen Betriebsbezogenheit resultieren, zur Geltung bringen.

## II. Kein gesetzliches Werturteil

Nach der gesetzlichen Wertung des BetrVG sollen die Beteiligungsrechte des Betriebsrats während eines rechtmäßigen Arbeitskampfes nicht ausgeübt werden. Zur Zeit des Erlasses des BetrVG war eine Kündigung Voraussetzung für die individualrechtliche Rechtmäßigkeit der Arbeitsniederlegung aus Anlaß eines Arbeitskampfes <sup>1)</sup>. Mit einer solchen Kündigung endete sowohl das Arbeitsverhältnis als auch das Betriebsratsamt. Das Werturteil des Gesetzes ging eindeutig dahin, daß während des Arbeitskampfes eine Mitbestimmung durch den Betriebsrat ausgeschlossen sein sollte.

Dieses gesetzliche Werturteil ist jedoch nicht mehr zutreffend, nachdem die Arbeitsniederlegung im Rahmen eines rechtmäßigen Arbeitskampfes auch aus der Sicht des Einzelarbeitsvertrages ohne Kündigung als rechtmäßig gilt <sup>2)</sup>. Die Arbeitsverhältnisse, die nach der hier vertretenen Suspendierungstheorie <sup>3)</sup> lediglich ruhen, binden die Arbeitnehmer auch während des Arbeitskampfes an den Betrieb. Eine gesetzliche Wertung für die Interessenlage während eines Arbeits-

---

1) vgl. oben A II, Fußn. 1

2) Diese "Einheitstheorie" ist seit dem Beschluß des BAG 1, 291 ff absolut herrschend; weitere Hinweise vgl. Brox-Rüthers, § 12 II, S. 219 Fußn. 5 u. Brox, Festschrift für Nipperdey, S. 60 Fußn. 21.

3) vgl. Einleitung, S. 6.

kampfes mit Suspensivwirkung ist demnach nicht vorhanden.

### III. Interessenvergleich und Wertung nach dem mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers

Der Interessenvergleich soll nun entsprechend der oben <sup>1)</sup> vorgenommenen Aufgliederung getrennt durchgeführt werden, zunächst, soweit der Betriebsrat die gemeinsamen, betriebsbezogenen Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern wahrnimmt, darauf der Teil der Betriebsratstätigkeit, der auf die Vertretung der Arbeitnehmerinteressen gerichtet ist. Dabei ist davon auszugehen, daß die Parteien des Arbeitskampfes ein starkes Interesse daran haben, genau zu wissen, welche Funktionen des Betriebsrats fortbestehen und welche Funktionen ruhen. Eine klare Regelung kann nur so erfolgen, daß bestimmte Funktionen des Betriebsrates während des Arbeitskampfes generell ruhen, andere dagegen generell fortbestehen. Es besteht dabei allerdings die Gefahr, daß diese generalisierende Methode im Einzelfall zu einer ungerichten Bewertung von Einzelinteressen führt. So kann es z.B. im Einzelfall zweifelhaft sein, ob eine Arbeitszeitverlegung kampfbedingt ist oder ob eine teilweise Betriebsstilllegung arbeitskampf- oder marktbedingt ist. Wenn man jedoch generell entscheidet, daß etwa das Mitwirkungsrecht des Betriebsrats bei Arbeitszeitverlegungen oder Betriebsstilllegungen während des Arbeitskampfes ruhen soll, dann besteht die Gefahr einer falschen Interessenbewertung. Dem Betriebsrat könnte ein Mitwirkungsrecht entzogen werden, obwohl eine Entscheidung des Arbeitgebers im Einzelfall nicht arbeitskampfbedingt wäre. In einem solchen Einzelfall ließe sich aus den Einzelinteressen nicht das Gebot ableiten, ein Mitwirkungsrecht des Betriebsrats gerade im Hinblick auf den Arbeitskampf ruhen zu lassen. Das Interesse der Arbeitskampfparteien daran, während des Arbeitskampfes sicher zu wissen,

---

1) vgl. oben B II 1.

inwieweit ihnen Rechte und Pflichten zustehen, ist jedoch höher zu bewerten als das ebenfalls bestehende Interesse an einer in jedem Einzelfall gerechten Regelung. Dies gilt umsomehr, als z.B. die Betriebsratsmitglieder in der Gefahr schweben, sich schadensersatzpflichtig zu machen oder ihres Amtes enthoben zu werden, wenn sie auf Grund einer fahrlässig falschen Beurteilung einer bestimmten Kampfsituation in Wahrheit nicht bestehende Mitbestimmungsrechte ausüben wollten bzw. bestehende Pflichten nicht erfüllen würden.

### 1. Betriebsbezogene Funktionen des Betriebsrats

Soweit der Betriebsrat betriebliche Interessen wahrnimmt, sind zumindest im Hinblick auf das Endziel die Interessen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer auch während des Arbeitskampfes gleichgerichtet. Beide streben die Erhaltung des Betriebes an. Der Betrieb als Einrichtung steht insoweit außerhalb der Rechtswirkungen des Arbeitskampfes. Die Arbeitnehmer behalten während des Kampfes ihre Betriebsbezogenheit, da für die meisten aller Arbeitnehmer der Betrieb auch nach dem Arbeitskampf Grundlage ihrer finanziellen Existenz bleiben soll. Die Arbeitnehmer haben daher ein den Arbeitskampf überdauerndes Interesse, den Betrieb funktionsfähig zu erhalten. Dieses Betriebsinteresse bleibt den Arbeitnehmern und den Arbeitgebern als gemeinsame Basis auch während des Arbeitskampfes. Der Betriebsrat befindet sich in Ausübung der betriebsbezogenen Funktionen nicht als Gegner des Arbeitgebers auf der gegenüberliegenden Kampfseite, sondern er bleibt insoweit auch während des Arbeitskampfes Partner des Arbeitgebers in der gemeinsamen Ausrichtung auf die Erhaltung des Betriebes. Innerhalb dieses Bereichs kann eine Gegenüberstellung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern nur bezüglich einzelner Teilfragen entstehen. Es können z.B. unterschiedliche Auffassungen über die Durchführung bestimmter Erhaltungsarbeiten bestehen. Trotz solcher möglichen Gegensätze in Einzelfragen treten sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer innerhalb dieses Bereichs als Partner mit einem

gemeinsamen Endziel gegenüber. Beider Interessen sind daher darauf gerichtet, die Funktionen des Betriebsrats, soweit sie dem Betriebsrat innerhalb dieses Gebiets Tätigkeiten zuweisen, auch während des Arbeitskampfes zu erhalten.

Das Werturteil des mutmaßlichen Gesetzgebers muß demnach dahingehen, daß die betriebsbezogenen Funktionen des Betriebsrats, soweit sie dem gemeinsamen Interesse von Arbeitgebern und Arbeitnehmern dienen, auch während des Arbeitskampfes erhalten bleiben sollen.

## 2. Arbeitnehmerbezogene Funktionen des Betriebsrats

Soweit die Funktionen des Betriebsrats jedoch der Wahrung von Arbeitnehmerinteressen dienen, ergibt sich aus dem Interessenvergleich eine Interessenkollision während des Arbeitskampfes. Die Arbeitnehmerinteressen, denen der Betriebsrat insoweit verbunden ist, sind darauf gerichtet, den Arbeitgeber so "unter Druck zu setzen", daß dieser geneigt ist, den Forderungen der Arbeitnehmer nachzugeben. Dem Betriebsrat ist zwar gemäß § 49 Abs. II BetrVG verboten, Maßnahmen des Arbeitskampfes gegen den Arbeitgeber durchzuführen; der Betriebsrat ist aber bei der Ausübung der arbeitnehmerbezogenen Funktionen an die Interessen der Arbeitnehmerschaft gebunden. Seine Amtstätigkeit wird daher von den Kampfinteressen der Arbeitnehmerschaft zumindest beeinflußt. Der Betriebsrat könnte demnach über sein Mitwirkungsrecht auch während des Kampfes Interessen der Arbeitnehmer geltend machen. Dem steht naturgemäß das Interesse des Arbeitgebers gegenüber, während des Arbeitskampfes möglichst ungehindert seinen Betrieb so zu verwalten, daß er durch den Streik oder die Aussperrung nicht allzu stark geschädigt wird.

Ein Werturteil für diesen Interessenkonflikt läßt sich aus dem Grundsatz der Kampfparität gewinnen. Dieses Prinzip, vom BAG <sup>1)</sup> aus der Anerkennung des Arbeitskampfes, der

---

1) BAG 1, 291 (308).

Neutralitätspflicht des Staates und dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG abgeleitet und in der Literatur <sup>1)</sup> allgemein anerkannt, gebietet dem Staat eine gleichmäßige Behandlung der Sozialpartner. Der Staat darf keiner der Kampfparteien eine stärkere Position, d.h. stärkere Kampfmittel verschaffen als der anderen. Die Grundregel der Kampfparität wäre dann verletzt, wenn eine Partei des Arbeitskampfes während der Kampfdauer an den arbeitskampfbedingten Entscheidungen der anderen ein Mitbestimmungsrecht besäße. Eine solche Regelung würde der Forderung zuwiderlaufen, daß beide Parteien gleichstarke Kampfmittel besitzen sollen. Soweit sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer in einer kampfwisen Gegenüberstellung befinden, kann den Arbeitnehmern für arbeitskampfbedingte Entscheidungen des Arbeitgebers kein Mitbestimmungsrecht zustehen. Für die hier gesuchte generelle Regelung bedeutet das, daß die Funktionen des Betriebsrats insoweit ruhen müssen, als die Möglichkeit besteht, daß der Betriebsrat durch Ausübung dieser Funktionen die Kampffreiheit des Arbeitgebers einschränken könnte. Eine eventuell nicht interessengerechte Behandlung des Einzelfalls etwa deshalb, weil der Arbeitgeber während des Arbeitskampfes auch nichtkampfbedingte Entscheidungen ohne die Mitbestimmung des Betriebsrats treffen kann, da das betreffende Mitbestimmungsrecht generell ruht, muß im Interesse der Rechtsklarheit in Kauf genommen werden.

Das Werturteil des mutmaßlichen Gesetzgebers, der ebenfalls an das Gebot der Kampfparität gebunden wäre, lautet demnach, daß die Funktionen des Betriebsrats während des Arbeitskampfes ruhen, soweit sie der Wahrung von Arbeitnehmerinteressen dienen und durch ihre Ausübung die Kampffreiheit des Arbeitgebers derart eingeschränkt werden könn-

---

1) Neumann-Duesberg, Lehrbuch, S. 142; Siebrecht, S. 73; Brox-Rüthers, § 2 A IV 2 b, S. 45 mit weiteren Hinweisen in den Fußn. 31-33.

te, daß das Interesse der Arbeitgeber am Ruhen der Mitbestimmungsrechte das der Arbeitnehmer am Fortbestehen derselben Rechte überwiegt.

#### IV. Bewertung der einzelnen Funktionen des Betriebsrats

Das BetrVG enthält in seinem Vierten Teil im Ersten bis Vierten Abschnitt, §§ 49 - 75 BetrVG, Vorschriften über die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats. Soweit die einzelnen Vorschriften dem Betriebsrat bestimmte Funktionen zuweisen, sind sie daraufhin zu untersuchen, ob die Ausübung der Tätigkeiten im Interesse des Betriebsganzen oder im Interesse der Arbeitnehmer erfolgt. Dient die Tätigkeit dem Betriebsganzen, bleibt der Betriebsrat auch während des Arbeitskampfes zur Ausübung berechtigt; bedeutet die Ausübung einer Funktion Interessenwahrnehmung zugunsten der Arbeitnehmer und besteht die Möglichkeit, daß der Betriebsrat durch Ausübung der Funktion die Kampffreiheit des Arbeitgebers einschränkt, so ruht dieses Mitbestimmungsrecht während des Arbeitskampfes, wenn das durch die Kampfparität geschützte Interesse des Arbeitgebers die Interessen der Arbeitnehmer am Fortbestand der Amtstätigkeit überwiegt.

Es ist jedoch einzuräumen, daß nicht jede Funktion eindeutig einer Interessenrichtung zuzuordnen sein wird; vielmehr gibt es Tätigkeiten des Betriebsrats, die sowohl den Belangen der Arbeitnehmer als auch betrieblichen Belangen dienen. Ohnehin besteht eine Wechselbeziehung zwischen beiden Interessensphären. Die Förderung des Betriebswohls wird in den meisten Fällen auch den Arbeitnehmern zugute kommen; umgekehrt hat die Unterstützung der Arbeitnehmerseite häufig positive Auswirkungen für das Betriebsganze zur Folge. Soweit eine Tätigkeit des Betriebsrats sowohl Arbeitnehmerinteressen als auch betrieblichen Interessen dient, muß sie während des Arbeitskampfes ruhen, wenn das Bestreben des Arbeitgebers, kampfbedingte Entscheidungen unabhängig von einem bestimmten Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zu

treffen, intensiver ist als das Interesse der Arbeitnehmer-schaft an der Unterstützung ihrer Interessen durch den Betriebsrat. Dazu ergibt sich aus dem Prinzip der Kampfparität, daß das Interesse des Arbeitgebers an einer ungehinderten Kampfführung in besonders hohem Maße schutzwürdig ist.

### 1. Allgemeine Funktionen

Im Ersten Abschnitt des Vierten Teils des BetrVG kommen die §§ 51 S. 1 und 54 Abs. I als funktionszuweisende Vorschriften in Betracht. § 49 BetrVG enthält lediglich die Grundregel für jegliche Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Die übrigen Vorschriften des Ersten Abschnitts im Vierten Teil des BetrVG stellen weitere Normen für die betriebliche Zusammenarbeit auf, ohne dem Betriebsrat bestimmte Funktionen zuzuweisen.

§ 51 S. 1 BetrVG verpflichtet Arbeitgeber und Betriebsrat, darüber zu wachen, daß alle betriebsangehörigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit unter Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes behandelt werden. Aus der Begründung zu § 56 des Regierungsentwurfs zum BetrVG vom 31.10.1950 <sup>1)</sup>, der dem § 51 BetrVG fast wörtlich entspricht, ergibt sich, daß diese Überwachungspflicht den Arbeitgeber, die Personen nach § 4 Abs. II BetrVG und die Arbeitnehmer umfaßt. § 51 BetrVG ist daher eine Ordnungsnorm für das Zusammenleben aller am Betrieb beteiligten Personen. Sie ist nicht speziell im Interesse der Arbeitnehmer erlassen, wenn auch der einzelne Arbeitnehmer miterfaßt wird. § 51 BetrVG dient der Sicherung des Betriebsfriedens, der betrieblichen Ordnung und damit betrieblichen Interessen <sup>2)</sup>. Außerdem übt

---

1) BT-Drucksachen Nr. 1546, Verhandlungen des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode 1949, S. 52.

2) Statt aller: Fitting-Kraegeloh-Auffarth, § 51 Anm. 2.

der Betriebsrat diese Funktion auch im Interesse der Arbeitnehmer aus. Ein solcher Fall ist z.B. dann gegeben, wenn der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer wegen dessen Reden auf einer Parteiversammlung während des Arbeitskampfes im voraus für den Fall des Kampfes eine schlechter bezahlte Arbeit zuweisen will.

Da diese Vorschrift dem Betriebsrat Tätigkeiten zuweist, die sowohl betrieblichen Interessen als auch Arbeitnehmerbelangen dienen können, ist zu prüfen, ob das Interesse des Arbeitgebers, arbeitskampfbedingte Entscheidungen ohne ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zu treffen, höher zu bewerten ist als das Interesse der Arbeitnehmerschaft an der Tätigkeit des Betriebsrats zu ihren Gunsten.

Der Betriebsrat wird nach § 51 S. 1 BetrVG lediglich tätig, um die Einhaltung des Gleichheitsgrundsatzes zu überwachen. Da der Gleichheitsgrundsatz auch während des Arbeitskampfes gilt, kann das Interesse des Arbeitgebers am Ruhen dieser lediglich rechtsüberwachenden Tätigkeit des Betriebsrats nicht schutzwürdig sein. Die Funktion des Betriebsrats nach § 51 S. 1 BetrVG ist während des Arbeitskampfes nur dann von Bedeutung, wenn der Arbeitgeber eine Entscheidung trifft, die eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes darstellt. Gerade in diesen Fällen aber besitzt der Arbeitgeber kein schutzwürdiges Interesse, solche gegen die Rechtsordnung verstoßenden Entscheidungen ohne das Überwachungsrecht des Betriebsrats zu treffen.

Die Überwachungspflicht des Betriebsrats nach § 51 S. 1 BetrVG bleibt daher während des Arbeitskampfes bestehen.

§ 54 Abs. I BetrVG weist dem Betriebsrat vier allgemeine Aufgaben zu. § 54 Abs. I a BetrVG gewährt dem Betriebsrat ein Antragsrecht für Maßnahmen, die dem Betriebswohl und der Arbeitnehmerschaft dienen. Betriebs- und Belegschaftsbelange können also gleichermaßen berücksichtigt werden.

Welche Interessen eine Tätigkeit im Sinne des § 54 Abs. I a BetrVG fördert, hängt daher vom Einzelfall ab. Beantragt der Betriebsrat z.B. die Einführung einer vereinfachten oder verbesserten Produktionsmethode im Sinne der Rationalisierung und Arbeitserleichterung, dann steht das Betriebswohl im Vordergrund, und seine Tätigkeit dient in erster Linie betrieblichen Interessen. Ist sein Antrag aber z.B. auf Zahlung eines Weihnachtsgeldes gerichtet, so sind zunächst die Belange der Arbeitnehmer betroffen. Je nach dem Gegenstand des Antrages erfolgt die Tätigkeit des Betriebsrats nach § 54 Abs. I a BetrVG im Interesse des Betriebes oder in dem der Arbeitnehmer. Kein Zweifel besteht daran, daß der Betriebsrat auch während des Arbeitskampfes Maßnahmen beantragen kann, die besonders dem Betriebe dienen. Denn der Arbeitgeber ist auch während des Arbeitskampfes an einer solchen betriebsfördernden Initiative des Betriebsrats interessiert. Aber auch, soweit der Betriebsrat Anträge zum Vorteil der Arbeitnehmer stellt, kann das Antragsrecht des § 54 Abs. I a BetrVG während des Arbeitskampfes bestehen bleiben. Denn § 54 Abs. I a BetrVG räumt dem Betriebsrat lediglich die Möglichkeit ein, auf allen Gebieten des betrieblichen Zusammenlebens initiativ zu werden. § 54 Abs. I a BetrVG ist kein zwingendes Mitbestimmungsrecht. Der Betriebsrat kann anregen, aber nicht die Durchsetzung dieser Anregungen erzwingen, wie das z.B. nach § 56 Abs. II BetrVG möglich ist. Der Arbeitgeber wird daher durch das Antragsrecht des § 54 Abs. I a BetrVG in seiner Kampffreiheit nicht rechtlich meßbar beeinträchtigt. Er kann z.B. Anträge, die ausschließlich den Arbeitnehmerinteressen dienen, einfach unbeantwortet lassen. Es widerspricht daher nicht den Interessen beider Kampf Beteiligten, wenn die Funktion des Betriebsrats nach § 54 Abs. I a BetrVG auch während des Arbeitskampfes erhalten bleibt.

Die Begründung des Regierungsentwurfs zum BetrVG vom

31.10.1950 <sup>1)</sup> enthält in der Einleitung zum § 63 <sup>2)</sup> - die Absätze d, e und f des § 63 entsprechen den Buchstaben b, c und d des Absatzes I von § 54 BetrVG fast wörtlich - den Hinweis, daß diese Vorschriften nicht nur den Arbeitnehmerinteressen dienen sollen, sondern auch dem sozialen Frieden und dem Gedeihen des Betriebes, "da die Bereinigung aller innerbetrieblichen Reibungen für die schöpferische Tätigkeit des Betriebes außerordentlich dienlich ist". Daraus ist abzuleiten, daß für den Gesetzgeber beim Erlass der Buchstaben b bis d in § 54 BetrVG neben den Arbeitnehmerbelangen vor allem auch das Betriebswohl maßgebend gewesen ist. Es ist infolge dieser Interessenmischung wiederum zu prüfen, ob das Interesse des Arbeitgebers an einer unbehinderten Kampfführung oder das der Arbeitnehmer an der für sie vorteilhaften Tätigkeit des Betriebsrats überwiegt.

Nach § 54 Abs. I b BetrVG soll der Betriebsrat den Arbeitgeber überwachen, ob dieser sich an die zugunsten der Arbeitnehmer bestehenden Rechtsvorschriften hält. Diese Tätigkeit wird ebenso wie die Überwachung des Gleichheitsgrundsatzes nur praktisch, wenn der Arbeitgeber im Begriffe ist, eine Rechtsverletzung zu begehen oder er bereits gegen entsprechende Vorschriften verstoßen hat. Nur dann hat der Betriebsrat Anlaß, gegen den Arbeitgeber vorzugehen. Ein Beispiel dafür läßt sich etwa innerhalb eines Betriebes der chemischen Industrie denken. Ein Arbeitgeber hat sich z.B. durch Betriebsvereinbarung verpflichtet, täglich die Luft innerhalb der Betriebsräume auf ihren Gehalt an schädlichen Stoffen zu untersuchen und vom Überschreiten einer gewissen Grenze an ein besonderes Säuberungsverfahren anzuwenden. Es ist vorstellbar, daß diese schädliche Verunreinigung auch von lagernden Grundstoffen ausgehen kann. Kurz vor Wieder-

---

1) BT-Drucksachen Nr. 1546, Verhandlungen des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode 1949.

2) BT-Drucksachen Nr. 1546, S. 54, aaO.

aufnahme der Arbeit nach dem Arbeitskampf besteht dann für den Arbeitgeber nach der Betriebsvereinbarung die Pflicht, den Verschmutzungsgrad der Luft zu prüfen und ihn notfalls zu verringern. In solchen Fällen, wenn der Arbeitgeber eine Pflicht aus einer Betriebsvereinbarung verletzt, besitzt dieser kein schutzwürdiges Interesse daran, einer Überwachung durch den Betriebsrat im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit seines Tuns nicht zu unterliegen. Denn eine rechtswidrige Handlung des Arbeitgebers muß der Betriebsrat zu jeder Zeit angreifen können. Auch die Rechte und Pflichten des Betriebsrats aus § 54 Abs. I b BetrVG bleiben daher während des Arbeitskampfes erhalten.

Die Interessenausrichtung des § 54 Abs. I c BetrVG ergibt sich aus der Begründung zum entsprechenden § 63 e des Regierungsentwurfes. In der Begründung heißt es, der Betriebsrat müsse die Beschwerden der Arbeitnehmer entgegennehmen, ihre Berechtigung prüfen und dann entweder den Beschwerdeführer von der Unbegründetheit überzeugen oder, falls die Beschwerde berechtigt sei, zur Ausschaltung von Mißstimmungen im Betrieb und im Arbeitnehmerinteresse auf Abstellung durch den Arbeitgeber hinwirken. Ziel der Bestimmung ist demnach, eine Mißstimmung unter den Arbeitnehmern zu vermeiden, damit die Tätigkeit im Betrieb nicht leidet. Auch diese Bestimmung schützt betriebliche und Arbeitnehmerinteressen, Betriebsinteressen, soweit der Betriebsrat den jeweiligen Beschwerdeführer von der Unbegründetheit seiner Beschwerde überzeugt, Arbeitnehmerinteressen, soweit der Betriebsrat beim Arbeitgeber auf die Abstellung des Beschwerdegrundes hinwirkt. Beide Möglichkeiten dieser Funktion aus § 54 Abs. I c BetrVG muß der Betriebsrat auch während des Arbeitskampfes ausüben können. Die Ausübung des betriebsdienlichen Teils der Funktion verletzt ohnehin keine Interessen des Arbeitgebers; aber auch der Weiterleitung von begründeten Beschwerden an den Arbeitgeber und dem Hinwirken des Betriebsrats auf Abstellung stehen bedeutsame

Interessen des Arbeitgebers nicht entgegen. Als Beispiel kann die Beschwerde einer Gruppe von Arbeitnehmern über die schlechte Belüftung ihrer Arbeitsplätze gelten. Wenn die Beschwerde kurz vor Kampfbeginn beim Betriebsrat eingeht, kann dieser sie erst während des Kampfes weiterleiten. Der Betriebsrat hat nach § 54 Abs. I c BetrVG keine Möglichkeit, mit Hilfe irgendeines Verfahrens die Abstellung des Beschwerdegrundes zu erzwingen. Er kann lediglich versuchen, den Arbeitgeber zu überzeugen. Da der Arbeitgeber über § 54 Abs. I c BetrVG nicht zu einem bestimmten Verhalten gezwungen werden, er vielmehr die Abstellung der Beschwerde gegen den Wunsch des Betriebsrats ablehnen kann, ist die Kampffreiheit des Arbeitgebers nicht ernstlich bedroht, wenn der Betriebsrat sich im Rahmen des § 54 Abs. I c BetrVG für die Arbeitnehmerschaft einsetzt. Die Wertung der Interessen ergibt daher, daß die Funktion des Betriebsrats gemäß § 54 Abs. I c BetrVG auch während des Arbeitskampfes ausgeübt werden darf.

Bei der Eingliederung Schwerbeschädigter oder sonstiger besonders schutzbedürftiger Personen, die der Betriebsrat gemäß § 54 Abs. I d BetrVG zu fördern hat, stehen neben den Interessen der betroffenen Personen betriebliche Belange im Vordergrund. Die Begründung des Regierungsentwurfs zum entsprechenden § 63 f hebt als einzelne Tätigkeiten die Zuweisung eines geeigneten Arbeitsplatzes, die Überwachung der Beschäftigung "und die Sorge für ein ersprißliches Verhältnis der Schwerbeschädigten zu den übrigen Arbeitnehmern des Betriebes" hervor <sup>1)</sup>. Alle diese Tätigkeiten dienen dem Betriebe, da die Arbeitskraft der eingegliederten Personen nur dann bestmöglichst für das Betriebsergebnis ausgewertet werden kann, wenn geeignete Arbeit angeboten und die Ausführung besonders überwacht wird.

---

1) BT-Drucksachen Nr. 1546, Verhandlungen des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode 1949, S. 55.

Schließlich ist ein gutes Verhältnis zu den anderen Arbeitnehmern zur Sicherung des Arbeitsfriedens erforderlich. Solange während des Arbeitskampfes noch Schwerbeschädigte oder sonstige besonders schutzbedürftige Personen im Betriebe tätig sind oder eingestellt werden, dient eine Tätigkeit des Betriebsrats nach § 54 Abs. I d BetrVG vor allem dem Betriebsganzen. Sie kann daher, da die Interessen des betroffenen Personenkreises während des Arbeitskampfes schutzwürdig bleiben, auch während des Arbeitskampfes ausgeübt werden. Die bisher erörterten Fälle werden allerdings während des Arbeitskampfes selten praktisch. Eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes nach § 51 Satz 1 BetrVG wird während des Arbeitskampfes nicht häufig vorkommen, da der Betrieb ruht. Zur Kontrolle von Gesetzesverletzungen, Entgegennahme von Beschwerden oder Eingliederung von Schwerbeschädigten, Buchstaben b - d des § 54 Abs. I BetrVG, dürfte während des Arbeitskampfes ebenso wenig Anlaß bestehen.

Große praktische Bedeutung während eines Arbeitskampfes haben dagegen die sogenannten Erhaltungsarbeiten <sup>1)</sup>, der Werkschutz und die Werkfeuerwehr. Die Erhaltungsarbeiten umfassen Tätigkeiten wie z.B. in Lebensmittelbetrieben den Verkauf oder die Lagerung von verderblichen Lebensmitteln <sup>2)</sup> oder sonst die Pflege von Maschinen, die ohne eine solche Pflege zerstört würden oder etwa die Sicherstellung von im Freien lagernden Rohstoffen. Der Werkschutz muß auch während des Arbeitskampfes den Bestand des Werkes etwa vor Diebstählen schützen; es bleibt weiter auch während des Arbeitskampfes eine Absperrung des Werksgeländes erforderlich, um Betriebsgeheimnisse, bei Automobilfirmen z.B. das Modellgeheimnis, zu sichern; die Regelung des Besucherverkehrs

---

1) zum Begriff vgl. Brox-Rüthers § 8 A II 7 a, S. 146 Fußn. 175.

2) vgl. Brox-Rüthers § 8 A II 7 a, S. 146.

stellt eine weitere Tätigkeit dar, die dem Werkschutz auch während des Arbeitskampfes obliegt. Die Werkfeuerwehr muß auch während des Arbeitskampfes aktiven und vorbeugenden Brandschutz leisten. Diese drei Bereiche lassen sich nicht streng voneinander trennen. Auch Werkschutz und Werkfeuerwehr stellen z.B. Erhaltungsarbeiten dar, da auch sie der Erhaltung des Werkes während des Arbeitskampfes dienen <sup>1)</sup>. Sie unterscheiden sich nur insofern von den eigentlichen Erhaltungsarbeiten, als diese Einrichtungen auch ohne Arbeitskampf bestehen. Sie werden häufig auf Grund von Betriebsvereinbarungen errichtet und dauern auch während des Arbeitskampfes fort. Die Erhaltungsarbeiten dagegen werden nach Umfang und Ausmaß erst zu Beginn des Arbeitskampfes von Arbeitgeber und Betriebsrat ausgehandelt und von den Tarifvertragsparteien gebilligt <sup>2)</sup>. Denn erst zu Beginn eines Kampfes kann das erforderliche Ausmaß der notwendigen Erhaltungsarbeiten übersehen werden.

Diese Tätigkeiten des Werkschutzes, der Feuerwehr und die Erhaltungsarbeiten dienen dem Betriebsganzen. Soweit also der Betriebsrat innerhalb dieser Bereiche ein Mitbestimmungsrecht ausübt, dient seine Tätigkeit letztlich dem Betriebsganzen. Wenn der Betriebsrat auch in Einzelfragen andere Ansichten vertritt als die Arbeitgeberseite, so erfolgt seine Beteiligung an diesen Aufgaben doch insgesamt gesehen zum Vorteil des Betriebes. Der Betriebsrat bleibt daher auch während des Arbeitskampfes zur Ausübung seiner Beteiligungsrechte befugt, da Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen sich insoweit decken.

Demnach bleiben alle allgemeinen Funktionen, die dem Betriebsrat im Ersten Abschnitt des Vierten Teils des BetrVG zugewiesen werden, während des Arbeitskampfes erhalten. Ein

---

1) Krüger und Müller, Werkschutz und Pförtnerdienst 1966, 66.

2) vgl. Brox-Rüthers § 8 A 7 II a, S. 147.

schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers daran, die Funktionen ruhen zu lassen, besteht nicht. Es fehlt entweder deshalb, weil die Tätigkeiten im Betriebsinteresse erfolgen, oder, weil die Funktion nur die Möglichkeit einräumt, die Rechtmäßigkeit der Handlungen des Arbeitgebers zu überwachen; schließlich besteht es deshalb nicht, weil der Betriebsrat nur eine beratende Funktion hat und die Arbeitskampffreiheit des Arbeitgebers mangels zwingender Einwirkungsmöglichkeit des Betriebsrats nicht ernstlich eingeschränkt wird.

## 2. Funktionen im sozialen Bereich

Das BetrVG weist im Zweiten Abschnitt seines Vierten Teils, §§ 56 - 59 BetrVG, dem Betriebsrat eine Reihe einzelner Tätigkeiten zu. Aus der Überschrift "Soziale Angelegenheiten" könnte man allgemein schließen, daß die §§ 56 - 58 BetrVG - § 59 BetrVG regelt den Ausschluß von Betriebsvereinbarungen und ist daher keine funktionszuweisende Vorschrift - gemeinschaftsbezogene Tätigkeiten regeln sollen, die betrieblichen Interessen dienen. Diese Überschrift schließt jedoch nicht aus, daß bei einzelnen Vorschriften der Schutz der Arbeitnehmerinteressen im Vordergrund steht. Es müssen daher die einzelnen funktionszuweisenden Vorschriften auf ihre Interessenausrichtung untersucht werden.

Zunächst bietet sich der Katalog des § 56 Abs. I a - h BetrVG an; gemäß § 56 Abs. II BetrVG ist eine Regelung über die im Absatz I aufgezählten Fragenbereiche durch eine verbindliche Entscheidung der Einigungsstelle erzwingbar. Wenn dem Betriebsrat innerhalb dieses Gebietes Mitbestimmungsrechte auch während des Arbeitskampfes zugestanden würden, würde das also bedeuten, daß der Betriebsrat auch während des Kampfes durch bindenden Spruch der Einigungsstelle gegen den Willen des Arbeitgebers Entscheidungen herbeiführen könnte. Innerhalb des Katalogs des § 56 Abs. I BetrVG sind

möglicherweise Regelungsbereiche enthalten, für deren Bereich die Arbeitgeber ein schutzwürdiges Interesse haben, ihre Entscheidungsfreiheit während des Arbeitskampfes zu erhalten. Die entsprechenden Funktionen des Betriebsrats müssen während des Arbeitskampfes ruhen.

Nach § 56 Abs. I a BetrVG besitzt der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bezüglich des Beginns und des Endes der täglichen Arbeitszeit und der Pausen. Nach der Begründung des Regierungsentwurfes vom 31.10.1950 <sup>1)</sup> ist diese Vorschrift "für den geregelten Fortgang des Betriebes unbedingt erforderlich". Diese Regelungen werden zwar auch im Interesse der Ordnung des Betriebes getroffen, aber direkt berührt werden die Interessen der Arbeitnehmer durch eine genaue Festlegung der Arbeitszeit. Der Betriebsrat übt demnach dieses Mitbestimmungsrecht im Interesse der Arbeitnehmerschaft aus. Es liegt sehr nahe, daß der Arbeitgeber durch die Wahrnehmung dieses Mitbestimmungsrechtes in seiner Kampffreiheit beeinträchtigt werden kann. Bei einem Teilstreik z.B. kann es infolge der Kampfsituation zweckmäßig sein, die Arbeitszeit der arbeitswilligen Arbeitnehmer kurzfristig neu festzulegen. Eine solche Situation könnte sich etwa ergeben, wenn die Kraftfahrer eines Betriebes streiken, die mit werkseigenen Omnibussen die Arbeitnehmer von ihrer Wohnung zur Arbeitsstelle gebracht haben. Es wäre in einem solchen Fall sinnvoll, die Arbeitszeit kurzfristig so zu legen, daß auch die Arbeitnehmer, die auf öffentliche Verkehrsmittel angewiesen sind, pünktlich zum Arbeitsbeginn erscheinen könnten. Da der Arbeitgeber die Möglichkeit haben muß, eine solche Entscheidung innerhalb einiger Stunden zu treffen, besitzt er ein schutzwürdiges Interesse daran, ohne Verzögerung etwa auch durch Einschaltung der Einigungsstelle entscheiden zu können. Dieses Mitbestimmungsrecht des Be-

---

1) BT-Drucksachen Nr. 1546, Verhandlungen des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode 1949, S. 53.

etriebsrats muß daher während des Arbeitskampfes ruhen. Dabei muß in Kauf genommen werden, daß der Arbeitgeber möglicherweise das Ruhen dieses Mitbestimmungsrechtes während des Arbeitskampfes ausnutzt und die Arbeitszeit und Pausen ohne eine durch den Arbeitskampf bedingte Notwendigkeit nach seinen Wünschen festlegt. Durch diese sicherlich nicht sehr naheliegende Umgehung des Mitbestimmungsrechtes werden die Interessen der Arbeitnehmer jedoch nicht dauerhaft geschädigt, da der Betriebsrat nach Beendigung des Arbeitskampfes eine Neufestsetzung der Arbeitszeit erstreben kann. Im Interesse der Rechtsklarheit muß eine solche mögliche Interessenverletzung hingenommen werden <sup>1)</sup>.

Ebenso wie das Recht aus § 56 Abs. I a BetrVG muß auch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 56 Abs. I b BetrVG bezüglich der Zeit und des Ortes der Lohnauszahlung während des Arbeitskampfes ruhen. Der Arbeitgeber kann infolge eines Kräitemangels innerhalb seines Lohnbüros - es ist vorstellbar, daß seine Mitarbeiter insoweit ebenfalls streiken - gezwungen sein, bezüglich Zeit und Ort der Lohnauszahlung kurzfristig improvisierte Regelungen zu treffen. Dabei darf er nicht durch ein zwingendes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats behindert werden, das dieser im Interesse der Arbeitnehmer ausübt. Auch hier muß eine möglicherweise für den Einzelfall falsche Interessenbehandlung in Kauf genommen werden, wenn der Arbeitgeber z.B. die Gelegenheit des Arbeitskampfes ausnutzt, um die Lohnauszahlung nach seiner Vorstellung ohne einen arbeitskampfbedingten Anlaß zu regeln.

Die Aufstellung des Urlaubsplans nach § 56 Abs. I c BetrVG stellt nach der Begründung zu dem entsprechenden § 62 a des Regierungsentwurfs <sup>2)</sup> "ein echtes Anliegen der ge-

---

1) vgl. oben C III 2.

2) BT-Drucksachen Nr. 1546, Verhandlungen des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode 1949, S. 53.

samen Arbeitnehmerschaft" dar. Der Betriebsrat dient bei seiner Mitwirkung an der Aufstellung des Urlaubsplans den Interessen der Arbeitnehmer. Auch dieses Mitbestimmungsrecht kann eine erhebliche Beeinträchtigung der Kampffreiheit des Arbeitgebers bedeuten. Bei einem Teilstreik z.B. kann der Arbeitgeber ein starkes Interesse besitzen, die restlichen zehn Prozent arbeitswilligen Arbeitnehmer einer zu neunzig Prozent bestreikten Betriebsabteilung zu beurlauben, da diese Abteilung ohnehin nicht mehr funktionsfähig ist. In einer weniger bestreikten Abteilung ist er interessiert, keinen einzigen arbeitswilligen Arbeitnehmer in Urlaub zu schicken, damit er seine Produktion so gut wie eben möglich weiterführen kann. Das Prinzip der Kampfparität schützt das Interesse des Arbeitgebers, diesen Bereich ungestört verwalten zu können. Auch die Funktion des Betriebsrats nach § 56 Abs. I c BetrVG muß daher während des Arbeitskampfes ruhen.

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Durchführung der Berufsausbildung, § 56 Abs. I d BetrVG, erfolgt ebenfalls vornehmlich im Interesse der Arbeitnehmer, d.h. in diesem Fall im Interesse der Lehrlinge, Anlernlinge oder Volontäre. Denn es ist nicht sicher, ob die ausgebildeten Arbeitnehmer nach Abschluß der Ausbildung in demselben Betrieb bleiben, der auch die Ausbildung durchgeführt hat. Der Betrieb kann daher die Vorteile der Ausbildung nicht unbedingt nutzen. Die Ausbildung der auszubildenden Personen ist weitgehend gesetzlich, z.B. in der GewO, der HandwO oder dem HGB geregelt oder in den Bestimmungen der Lehrvertragsmuster, die von den Berufsorganisationen ausgegeben werden, durch Einzelregelungen geordnet. Den Betriebsräten bleibt lediglich die Aufgabe, diese vielgestaltigen Vorschriften in ihrer Durchführung mit den Gegebenheiten des Betriebes abzustimmen <sup>1)</sup>. Diese praktischen Gegebenheiten des Betrie-

---

1) vgl. statt vieler: Dietz, Komm. z. BetrVG, § 56 Anm. 123; Fitting-Kraegeloh-Auffarth, § 56 Anm. 26.

bes ändern sich jedoch während des Arbeitskampfes stark, da z.B. ausbildende Meister streiken, eine etwa eingerichtete Lehrwerkstatt ohne Aufsicht ist oder einzelne Abteilungen, die nach dem Ausbildungsplan durchlaufen werden sollen, während des Arbeitskampfes geschlossen sind. Indem der Betriebsrat in einer solchen Situation eine Entscheidung der Einigungsstelle darüber herbeizuführen sucht, daß ein anderer nichtstreikender Meister des Betriebes die Leitung der Lehrwerkstatt übernimmt, könnte er den Arbeitgeber, der diesen Meister möglicherweise dringend zur Fortsetzung der Produktion benötigt, erheblich in seiner Kampffreiheit beschränken. Der Arbeitgeber hat ein starkes Interesse daran, daß diese Funktion des Betriebsrats während des Arbeitskampfes ruht. Der Arbeitgeber ist bezüglich der Ausbildung ohnehin weitgehend rechtlich gebunden. Die Interessen der Auszubildenden sind daher während des Arbeitskampfes genügend geschützt, wenn der Betriebsrat die Einhaltung der Rechtsvorschriften gemäß § 54 Abs. I b BetrVG überwacht. Im übrigen muß der Arbeitgeber im Rahmen der ihn bindenden Vorschriften während des Arbeitskampfes die Ausbildung selbständig ohne Einfluß des Betriebsrats regeln können, damit seine Kampffreiheit erhalten bleibt. Die Tätigkeit des Betriebsrats nach § 56 Abs. I d BetrVG ruht daher ebenfalls während des Arbeitskampfes.

Die Verwaltung von Wohlfahrtseinrichtungen, § 56 Abs. I e BetrVG, z.B. Kantinen, Sportplätze, Kindergärten, Pensionskassen usw., stellt den nächsten Tätigkeitsbereich des Betriebsrats dar. Die Verwaltungstätigkeit des Betriebsrats dient dabei Arbeitnehmerinteressen und in gleichem Maße betrieblichen Belangen. Sportplätze z.B. dienen der Gesundheit der Arbeitnehmer und damit der Erhaltung der Gesamtarbeitskraft im Betriebe. Kindergärten im Betrieb ermöglichen ganztägige Arbeitszeiten für beide Elternteile. Pensionskassen bieten den Arbeitnehmern eine bessere Altersversorgung und binden die Arbeitnehmer an ihren Betrieb, so daß eine zu

starke Fluktuation der Arbeitskräfte vermieden wird. Kantinen helfen, die Gesundheit der Arbeitnehmer durch eine gesunde Kost (warme Mittagsmahlzeit) zu fördern im Sinne der Arbeitskrafterhaltung. Schließlich wird durch eine Fülle von Wohlfahrtseinrichtungen das Zusammengehörigkeitsgefühl der Arbeitnehmer und damit das Betriebsklima gefördert. Der Arbeitnehmer gewinnt ein größeres Interesse am Betriebsganzen und damit eine positivere Einstellung zum Arbeitgeber infolge einer stärkeren Bindung. Alle diese Institutionen dienen dem Betriebswohl und auch den Arbeitnehmern. Der Arbeitgeber kann jedoch durch die Verwaltung dieser Wohlfahrtseinrichtungen in seiner Arbeitskampffreiheit wohl kaum betroffen werden. Er hat sogar ein Interesse daran, daß der Betriebsrat sich auch während des Arbeitskampfes an dieser Verwaltung beteiligt, da der Arbeitgeber nicht plötzlich alle Verwaltungsarbeit allein bewältigen kann. Diese Funktion des Betriebsrats bleibt daher während des Arbeitskampfes bestehen. Hier decken sich die Interessen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, weil auch die Arbeitnehmer die Wohlfahrtseinrichtungen erhalten möchten; die Verwaltung erfolgt im gemeinsamen betrieblichen Interesse.

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bezüglich Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb, § 56 Abs. I f BetrVG, umfaßt z.B. die Gebiete der Kleiderunterbringung, der Benutzung von Waschräumen, des Rauchverbots, der Behandlung des Arbeitszeugs oder des Verfahrens bei Krankmeldungen u.a. Die Mitbestimmung erfolgt insoweit in betrieblichem Interesse, da Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen daran interessiert sind, das Zusammenleben im Betriebe in geordneten Bahnen zu halten. Hier läßt sich der Fall denken, daß der Betriebsrat die Erstellung einer neuen Betriebsgarderobe vor Kampfbeginn eingeleitet hat. Während des Kampfes ist der Betriebsrat gehalten, die Herstellungsarbeiten zu überwachen. Die Ausübung dieser Funktion muß dem Betriebsrat daher auch wäh-

rend des Arbeitskampfes zustehen, da innerhalb dieses Gebiets eine Interessenkollision von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen auch während des Arbeitskampfes nicht stattfindet.

Nach § 56 Abs. I g und h BetrVG kann der Betriebsrat mitbestimmen bei der Regelung von Akkord- und Stücklohnsätzen, der Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und der Einführung von neuen Entlohnungsmethoden. Wie weit der Umfang des Mitbestimmungsrechts reicht, ist im einzelnen streitig <sup>1)</sup>. Ungeachtet dieser Streitfrage kann jedoch festgestellt werden, daß der Betriebsrat dieses Mitbestimmungsrecht vor allem deshalb ausüben wird, damit eine gerechte Entlohnung aller Arbeitnehmer unter Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes gewährleistet wird <sup>2)</sup>. Das bedeutet, daß der Betriebsrat insoweit überwiegend Arbeitnehmerinteressen wahrnehmen wird. Durch Ausübung dieses Mitbestimmungsrechtes ist auch die Kampffreiheit des Arbeitgebers gefährdet. Bei einem Teilstreik z.B. wird eine Entlohnung nach einem Gruppenakkord dann unmöglich, wenn vollständige Arbeitsgruppen nicht mehr vorhanden sind. Akkordlöhne sind undenkbar, wenn Arbeitnehmer zur Aushilfe an einem fremden Arbeitsplatz mitarbeiten müssen, wie es die Kampfsituation möglicherweise erfordert. Eine Entlohnung nach einem bestehenden Refasystem wird ausgeschlossen, wenn infolge des Streiks der Arbeitsablauf geändert werden muß. In solchen und ähnlichen Fällen muß der Arbeitgeber schnell und unbehindert z.B. einfach einen Zeitlohn im Rahmen des Tarifvertrages mit dem Arbeitnehmer vereinbaren können. Das erzwingbare Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 56

- 
- 1) vgl. statt vieler: Fitting-Kraegeloh-Auffarth, § 56 Anm. 39 u. 46 ff; Dietz, Komm. z. BetrVG, § 56 Anm. 213 ff.
  - 2) Begründung zum Regierungsentwurf des BetrVG, BT-Drucksachen Nr. 1546, Verhandlungen des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode 1949, S. 53, § 62 f.

Abs. I g und h BetrVG würde den Arbeitgeber in seiner Kampffreiheit erheblich beeinträchtigen. Es muß daher während des Arbeitskampfes ruhen.

§ 57 BetrVG gibt dem Betriebsrat die Möglichkeit, mit dem Arbeitgeber gemäß § 52 BetrVG Betriebsvereinbarungen über die Verhütung von Betriebsunfällen und Gesundheitsschädigungen und über die Errichtung von Wohlfahrtseinrichtungen zu treffen. Da diese Betriebsvereinbarungen nur freiwillig zustande kommen können, ist die Arbeitskampffreiheit des Arbeitgebers schon aus diesem Grunde nicht bedroht, wenn dem Betriebsrat während des Arbeitskampfes diese Möglichkeit erhalten bleibt. Außerdem können Maßnahmen zur Verhütung von Betriebsunfällen und Gesundheitsschädigungen, abgesehen von der Kostenfrage, in keinem Falle einem schutzwürdigen Interesse des Arbeitgebers zuwiderlaufen. Auch die Errichtung von Wohlfahrtseinrichtungen wird den Interessen eines Arbeitgebers allenfalls im Hinblick auf seine möglichen finanziellen Verpflichtungen nicht entsprechen.

Schließlich muß auch die Tätigkeit des Betriebsrats nach § 58 BetrVG während des Arbeitskampfes erhalten bleiben. Wenn z.B. während des Arbeitskampfes Gewerbeaufsichtsbeamte Arbeitsschutzeinrichtungen prüfen, ist der Betriebsrat hinzuzuziehen. Seine Mitwirkung beim Arbeitsschutz dient zwar vor allem Arbeitnehmerinteressen; in zweiter Linie werden aber auch betriebliche Interessen geschützt. Die Begründung zu § 64 des Regierungsentwurfs zum BetrVG - § 64 des Entwurfs entspricht dem § 58 BetrVG - enthält den Hinweis, durch die Beteiligung des Betriebsrats solle das Vertrauen der Arbeitnehmer in die Einrichtung des Arbeitsschutzes erhöht werden. Soweit der Arbeitsschutz betrieblichen Interessen dient, tritt er ohnehin nicht in Gegensatz zu den Interessen des Arbeitgebers. Der Arbeitsschutz stellt im übrigen ein so bedeutendes Interesse der Arbeitnehmer dar - es geht dabei um das Rechtsgut der Gesundheit, welches auch in Art.

2 GG und § 823 BGB geschützt ist -, daß der Arbeitgeber eine mögliche Beeinträchtigung seiner Entscheidungsfreiheit im Arbeitskampf durch Maßnahmen des Arbeitsschutzes hinnehmen muß. Das grundsätzlich schutzwürdige Interesse des Arbeitgebers, während des Arbeitskampfes frei entscheiden zu können, findet seine Grenze an dem höherwertigen Interesse der Arbeitnehmer, unter allen Umständen einen möglichst weitgehenden Arbeitsschutz zu genießen.

Für den Zweiten Abschnitt des Vierten Teils des Betriebsverfassungsgesetzes, §§ 56 - 59 BetrVG, ergibt sich daher folgende Regelung: Die Funktionen des Betriebsrats nach den §§ 56 Abs. I e und f, 57 und 58 bleiben während des Arbeitskampfes erhalten; die übrigen Tätigkeiten nach § 56 Abs. I a - d, g und h ruhen generell während des Arbeitskampfes.

### 3. Funktionen im personellen Bereich

Das BetrVG bestimmt im Dritten Abschnitt seines Vierten Teils in den Vorschriften der §§ 60 - 66 BetrVG, auf welche Weise der Betriebsrat bei Einstellungen, Umgruppierungen, Versetzungen oder Entlassungen von Arbeitnehmern mitwirken und mitbestimmen darf.

Nach § 61 BetrVG kann der Betriebsrat, wenn er mit der Einstellung bestimmter Bewerber nicht einverstanden ist und gegen die Einstellung einer der Gründe des § 61 Abs. III a - d BetrVG spricht, seine Zustimmung zu der Einstellung verweigern. Stellt der Arbeitgeber trotzdem vorläufig ein, so hat der Betriebsrat die Möglichkeit, einen Beschluß des Arbeitsgerichts herbeizuführen, auf Grund dessen spätestens vierzehn Tage nach Rechtskraft des Beschlusses das Arbeitsverhältnis des vorläufig eingestellten Arbeitnehmers enden kann. Unter weiteren Voraussetzungen ist es möglich, den Arbeitgeber gemäß § 64 BetrVG mit Hilfe einer Ordnungsstrafe anzuhalten, die Anordnung des Arbeitsgerichts zu befolgen.

Diese Vorschriften gelten sinngemäß auch für Umgruppierungen und Versetzungen, § 63 BetrVG. Innerhalb dieses Bereichs kann der Betriebsrat also aus bestimmten Gründen, § 61 Abs. III a - d BetrVG, Maßnahmen des Arbeitgebers gegen dessen Willen durch das Arbeitsgericht aufheben lassen. Für den Arbeitskampf würde das bedeuten, daß der Betriebsrat möglicherweise den Arbeitgeber daran hindern könnte, durch schnelle Entscheidungen, Umgruppierungen, Einstellungen oder Versetzungen, wenigstens Teile seiner Produktion aufrechtzuerhalten. Der Arbeitgeber hat ein starkes Interesse daran, während des Arbeitskampfes insoweit frei entscheiden zu können.

Schutzwürdig ist dieses Interesse jedoch nicht, wenn die Maßnahmen des Arbeitgebers eine Rechtsverletzung iSd § 61 Abs. III a BetrVG darstellen. Für die Durchführung rechtsverletzender Maßnahmen kann der Arbeitgeber kein berechtigtes Interesse an einer ungestörten Entscheidung besitzen. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach den §§ 61 Abs. III a, 62, 63, 64 BetrVG bleibt daher auch während des Arbeitskampfes erhalten.

Soweit der Betriebsrat seine Zustimmung zu einer Arbeitgebermaßnahme verweigert, weil er meint, der Bewerber sei fachlich nicht geeignet und werde nur mit Rücksicht auf persönliche Beziehungen eingestellt, § 61 Abs. III b BetrVG, wird das Interesse des Arbeitgebers an einer freien Kampfführung gar nicht berührt. Wenn ein Arbeitgeber nur wegen persönlicher Beziehungen einstellt, besteht keine Notwendigkeit für diese Einstellung infolge des Arbeitskampfes. Der Arbeitgeber kann in seiner Kampffreiheit gar nicht betroffen werden, wenn der Betriebsrat das Arbeitsgericht anruft, da keine arbeitskampfbedingte Maßnahme des Arbeitgebers angegriffen wird. Wenn der Arbeitgeber einen fachlich ungeeigneten Arbeitnehmer einstellt, weil er es infolge des Arbeitskampfes für nötig hält, liegt kein Fall des § 61 Abs. III b BetrVG vor. Das Mitwirkungsrecht des Betriebsrats nach § 61

Abs. III b BetrVG bleibt daher bestehen.

Ebenso ist es, wenn der Betriebsrat meint, die Einstellung solle erfolgen, um andere Arbeitnehmer zu benachteiligen, § 61 Abs. III c BetrVG. Stellt der Arbeitgeber nur ein, um seine Produktion aufrechtzuerhalten, handelt er im eigenen Interesse. Es fehlt insoweit an einer Benachteiligungsabsicht. Ein Fall des § 61 Abs. III c BetrVG liegt nicht vor. Stellt er jedoch ein, um andere Arbeitnehmer zu benachteiligen, liegt keine kampfbedingte Maßnahme des Arbeitgebers vor.

Soweit der Betriebsrat jedoch besorgt ist, der einzustellende Arbeitnehmer werde den Betriebsfrieden stören, § 61 Abs. III d BetrVG, muß sein Mitwirkungsrecht während des Arbeitskampfes ruhen. Der Arbeitgeber muß die Möglichkeit besitzen, seine Produktion zur Not auch mit Hilfe von möglichen Störenfrieden aufrechtzuerhalten. Sein starkes Interesse, während des Arbeitskampfes frei verfügen zu können, ist in diesem Falle schutzwürdig. Der Betriebsrat hat die Möglichkeit, nach Beendigung des Arbeitskampfes einen wirklichen Störenfried gemäß § 66 Abs. IV BetrVG mit Hilfe des Arbeitsgerichts entlassen oder versetzen zu lassen. Die Interessen der Arbeitnehmer sind daher auf die Dauer gesehen hinreichend geschützt, auch wenn das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 61 Abs. III d BetrVG während des Arbeitskampfes ruht.

Das Anhörungsrecht des Betriebsrats vor jeder Einzelkündigung, § 66 Abs. I BetrVG, dient ausschließlich dem Schutz der Arbeitnehmerinteressen. Es soll dem Betriebsrat ermöglichen, dem Arbeitgeber vor der endgültigen Kündigung eventuell bestehende Bedenken gegen diese Maßnahme vor Augen zu führen. Es ist umstritten, welche Wirkungen von der Nichtanhörung des Betriebsrats ausgehen. Während eine Mei-

nung <sup>1)</sup> eine Kündigung ohne vorherige Anhörung des Betriebsrats für rechtsunwirksam hält, sieht die herrschende Meinung <sup>2)</sup> in der vorherigen Anhörung keine Wirksamkeitsvoraussetzung. Innerhalb der herrschenden Meinung besteht keine Einigkeit über die Rechtswirkung der Nichtanhörung des Betriebsrats. Das BAG <sup>3)</sup> z.B. meint, ein Arbeitgeber, der rechtswidrig, vorsätzlich und schuldhaft die Anhörung des Betriebsrats unterlassen habe, habe das Recht verwirkt, sich darauf zu berufen, die Kündigung sei sozial gerechtfertigt, § 1 KSchG. Dietz <sup>4)</sup> z.B. ist der Ansicht, daß sich aus der Tatsache der bewußten Nichtanhörung lediglich eine tatsächliche Vermutung für die Sozialwidrigkeit einer Kündigung ergebe. Die Streitfrage kann hier dahingestellt bleiben, da sich aus einer Nichtanhörung des Betriebsrats für den Arbeitgeber auf jeden Fall nach allen Ansichten nachteilige Folgen ergeben. Dieses Anhörungsrecht des Betriebsrats hemmt daher, da dem Betriebsrat auch noch eine Frist zur Stellungnahme bleiben muß, die Beweglichkeit des Arbeitgebers während des Arbeitskampfes. Da der Arbeitgeber ohnehin nur rechtmäßige Kündigungen aussprechen darf und die Arbeitnehmer daher im Rahmen des Kündigungsschutzgesetzes geschützt sind, ist ihr Interesse an der Erhaltung des Anhörungsrechts während des Arbeitskampfes geringwertiger als das des Arbeitgebers am Ruhen dieses Rechtes. Das Anhörungsrecht des Betriebsrats bei Einzelkündigungen gemäß § 66 Abs. I BetrVG ruht daher während des Arbeitskampfes.

Aus den gleichen Überlegungen ruhen auch das Informa-

- 
- 1) Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 66 Anm. 14; vgl. weitere ausführliche Hinweise bei Dietz, Komm. z. BetrVG, § 66 Anm. 11 h n. BAG 1, 69 (71).
  - 2) vgl. BAG in ständiger Rechtsprechung seit BAG 1, 69; vgl. ausführliche Hinweise auf die Rechtsprechung bei Dietz, Komm. z. BetrVG, § 66 Anm. 11 g; Hueck-Nipperdey, II. Bd., S. 855; Dietz, Komm. z. BetrVG, § 66 Anm. 11 ff. mit ausführlichen Hinweisen.
  - 3) BAG 1, 69 ff.
  - 4) Dietz, Komm. z. BetrVG, § 66 Anm. 11 f.

tions- und das Beratungsrecht des Betriebsrats bei Massenentlassungen und Masseneinstellungen, § 66 Abs. II BetrVG. Das Interesse des Arbeitgebers an einer unbeeinflussten, beweglichen Kampfführung hat den Vorrang.

Schließlich soll es während des Arbeitskampfes dem Arbeitgeber vorbehalten bleiben, ob er einen Arbeitnehmer, der durch unsoziales oder gesetzwidriges Verhalten wiederholt den Betriebsfrieden gestört hat, entlassen will, § 66 Abs. IV BetrVG. Das Bestreben des Betriebsrats, im Interesse der übrigen Arbeitnehmer einen solchen Störenfried aus dem Betrieb zu entfernen, muß zurücktreten hinter dem berechtigten Verlangen der Arbeitgeber, im Sinne der Kampfparität uneinträchtigt Arbeitskampfentscheidungen zu treffen. Es muß dem Arbeitgeber möglich sein, einen solchen Störenfried auf irgendeine Weise zu maßregeln, sich aber seine Arbeitskraft während des Arbeitskampfes zu erhalten. So kann es z.B. für einen Unternehmer in der Bekleidungsindustrie von "lebenswichtiger" Bedeutung sein, sich einen qualifizierten Modellzeichner zu erhalten, selbst wenn dieser kriminelle Neigungen besitzt. Der Arbeitgeber hat dann allerdings Sorge zu tragen dafür, daß diese kriminellen Veranlagungen sich innerhalb des Betriebs nicht auswirken. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 66 Abs. IV BetrVG ruht auf Grund dieser Interessenabwägung während des Arbeitskampfes.

Für den Dritten Abschnitt des Vierten Teils des BetrVG, §§ 60 - 66 BetrVG, ergibt sich, daß mit Ausnahme der Möglichkeiten des Betriebsrats, Einstellungen, Umgruppierungen oder Versetzungen gemäß den §§ 61 Abs. III a, b, c, 62, 63, 64 BetrVG zu widersprechen, alle Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei personellen Angelegenheiten während des Arbeitskampfes ruhen. Durch die Ausübung dieser regelmäßig Arbeitnehmerinteressen schützenden Funktionen des Betriebsrats würde die Kampffreiheit des Arbeitgebers zu sehr beeinträchtigt.

#### 4. Funktionen im wirtschaftlichen Bereich

Das BetrVG regelt im Vierten Abschnitt seines Vierten Teils, §§ 67 - 75 BetrVG, in den Bestimmungen der §§ 67 - 71 BetrVG das Recht des Wirtschaftsausschusses. Diese Institution soll im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht behandelt werden. Es gehört zwar zwingend mindestens ein Betriebsratsmitglied in den Wirtschaftsausschuß, § 68 Abs. I BetrVG, aber auch die Rechtsstellung dieses Mitgliedes richtet sich allein nach den §§ 67 - 71 BetrVG, die nicht vom Thema dieser Arbeit erfaßt werden.

Als letztes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ist das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht nach den §§ 72 - 75 BetrVG zu untersuchen. Der Betriebsrat kann bei Betriebsänderungen, die der Belegschaft zum Nachteil gereichen können, im Falle einer Meinungsverschiedenheit mit dem Arbeitgeber eine Vermittlungsstelle anrufen. Betriebsänderungen sind Einschränkung, Stilllegung oder Verlegung des Betriebs oder wesentlicher Teile, Betriebszusammenschlüsse, Änderungen des Betriebszwecks oder Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden, § 72 Abs. I a - e BetrVG. Weicht der Arbeitgeber ohne zwingenden Grund von deren Einigungsvorschlag, § 73 BetrVG, ab und muß der Arbeitgeber deshalb anderen Arbeitnehmern kündigen, so entsteht für diese Arbeitnehmer ein Abfindungsanspruch, den sie mit einer Klage vor dem Arbeitsgericht geltend machen können, § 74 BetrVG. Die Ausübung dieser Funktion dient, so ist es auch der Begründung zum Entwurf der CDU/CSU - Fraktion für ein Betriebsverfassungsgesetz <sup>1)</sup> zu entnehmen, "dem berechtigten Verlangen der Arbeitnehmer auf Sicherung ihrer Existenz". Durch Ausübung dieser Funktion, die ausschließlich Arbeitnehmerin-

---

1) BT-Drucksachen Nr. 970, Verhandlungen des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode 1949, S. 17; § 45 Abs. I dieses Entwurfs entspricht bis auf kleine Änderungen dem jetzigen § 72 Abs. I BetrVG.

teressen dient, wird die Kampffreiheit des Arbeitgebers erheblich eingeschränkt. Der Arbeitgeber muß während des Arbeitskampfes in der Lage sein, seinen Betrieb, wenn er nicht oder zumindest teilweise nicht mehr rentabel ist, ganz oder für die entsprechenden Teile zu schließen. Wenn er den Arbeitskampf dadurch überstehen kann, daß er kurzfristig den Betriebszweck ändert, muß ihm auch das erlaubt sein. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 72 ff BetrVG muß daher während des Arbeitskampfes ruhen.

## V. Ergebnis

Anhand dieser generalisierenden Interessenbewertung der einzelnen gesetzlichen Funktionen des Betriebsrats ergibt sich für die Frage nach dem Fortbestehen der Amtsrechte und -pflichten des Betriebsrats während des Arbeitskampfes folgende Regelung:

1. Die allgemeinen Funktionen des Ersten Abschnitts, §§ 51 und 54 Abs. I BetrVG, bleiben sämtlich erhalten, ebenso die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bezüglich der Verwaltung von Wohlfahrtseinrichtungen und Fragen der Ordnung des Betriebes, Buchstaben e und f des § 56 Abs. I BetrVG. Die Möglichkeiten, Betriebsvereinbarungen im Sinne des § 57 BetrVG abzuschließen und beim Arbeitsschutz mitzuwirken, bleiben ebenfalls während des Arbeitskampfes bestehen. Schließlich darf der Betriebsrat auch während des Arbeitskampfes Maßnahmen des Arbeitgebers gemäß §§ 61 Abs. III a, b, c, 62, 63, 64 BetrVG widersprechen.
2. Die anderen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bezüglich Beginn und Ende der Arbeitszeit, Zeit und Ort der Auszahlung der Arbeitsentgelte, der Aufstellung des Urlaubsplans, der Berufsausbildung, der Akkordsätze sowie der Entlohnungsmethoden und -grundsätze, Buchstaben a - d, g und h des § 56 Abs. I BetrVG, ruhen während des

Arbeitskampfes. Weiterhin ruht die personelle Mitbestimmung bei Einstellungen, Umgruppierungen und Versetzungen nach § 61 Abs. III d BetrVG und auch die Mitbestimmung bei Entlassungen, § 66 BetrVG. Ebenso besteht ein wirtschaftliches Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats während des Arbeitskampfes nicht.

## 2. Kapitel: Grenzen einer rechtmäßigen Streikbeteiligung und Rechtmäßigkeit der Aussperrung

Die Fragen nach den Grenzen einer rechtmäßigen Streikbeteiligung bzw. der Rechtmäßigkeit der Aussperrung sind für die Parteien des Arbeitslebens von großer Bedeutung. Denn Betriebsratsmitglieder, die sich in betriebsverfassungswidriger Weise an einem Arbeitskampf beteiligen, setzen sich z.B. der Gefahr des Ausschlusses aus dem Betriebsrat, § 23 BetrVG <sup>1)</sup>, oder auch Schadensersatzansprüchen des Arbeitgebers nach den §§ 823 Abs. I, 823 Abs. II BGB iVm § 49 Abs. II BetrVG, 826 BGB aus <sup>2)</sup>. Ein betriebsverfassungswidrig aussperrender Arbeitgeber bleibt zur Lohnzahlung verpflichtet, § 615 BGB, und muß dem Arbeitnehmer eventuell Schadensersatz leisten, wenn er dessen Recht am Arbeitsplatz verletzt, §§ 823 Abs. I BGB, 823 Abs. II BGB iVm § 49 Abs. II BetrVG, 826 BGB <sup>3)</sup>. Die Arbeitgeber und auch die Betriebsratsmitglieder sind daher interessiert zu wissen, welche Grenzen ihrer Beteiligung am Arbeitskampf durch das Betriebsverfassungsrecht gesetzt sind.

### A. Grenzen einer rechtmäßigen Streikbeteiligung

Betriebsratsmitglieder sind immer zugleich Arbeitnehmer innerhalb des Betriebes, §§ 7, 24 BetrVG. Sie besitzen daher gewissermaßen eine Doppelstellung. Während für den Betriebsrat das Kampfverbot des § 49 Abs. II S. 2 BetrVG gilt, läßt sich aus § 49 Abs. II, S. 3 BetrVG ableiten, daß die Betriebsratsmitglieder in ihrer Eigenschaft als einfache Arbeitnehmer nach allgemeinen Grundsätzen an einem Arbeitskampf mitwirken dürfen. Denn nach § 49 Abs. II S. 3 BetrVG werden Arbeitskämpfe tariffähiger Parteien durch das Kampfverbot des § 49 Abs. II S. 2 BetrVG nicht berührt.

---

1) Brox-Rüthers, § 7 IV 1 b, S. 106.

2) Brox-Rüthers, § 7 IV 1 a, aa, S. 103.

3) Brox-Rüthers, § 7 IV 2 a, aa u. bb, S. 107.

Aus diesem Kampfverbot für den Betriebsrat einerseits und der Erlaubnis, sich als einfacher Arbeitnehmer an einem Arbeitskampf zu beteiligen, andererseits ergibt sich die Fragestellung dieses Abschnitts. Es erhebt sich die Frage, inwieweit das allgemeine Streikrecht, das den Betriebsratsmitgliedern als einfachen Arbeitnehmern grundsätzlich zusteht, durch das Kampfverbot für den Betriebsrat eingeschränkt ist. Dabei ist konkret zu prüfen, unter welchen Beschränkungen sich ein Betriebsratsmitglied an einem rechtmäßigen Streik beteiligen darf. Diese Grenzen der Streikbeteiligung sind durch Auslegung des § 49 Abs. II BetrVG zu ermitteln. In den folgenden Abschnitten soll versucht werden, das Friedensgebot des § 49 Abs. II BetrVG in seiner genauen Abgrenzung zu erfassen.

#### I. § 49 Abs. II BetrVG als absolutes Friedensgebot

Es wird die Ansicht vertreten <sup>1)</sup>, der Gesetzgeber habe nur den Arbeitskampf auf Betriebsebene verbieten wollen. Lese man die Absätze I und II des § 49 BetrVG zusammen, so ergebe sich, daß eine Beteiligung der Betriebsratsmitglieder an anderen rechtmäßigen Arbeitskämpfen erlaubt sein müsse. Der Betriebsrat solle sich nur an Arbeitskämpfen auf Betriebsebene nicht beteiligen dürfen.

Diese Einschränkung des Friedensgebots nach § 49 Abs. II S. 2 BetrVG ist jedoch nicht zutreffend. Schon vom Wortlaut des Gesetzes her, auf den sich diese Ansicht beruft, ist diese Folgerung nicht zwingend. Denn § 49 Abs. II S. 2 BetrVG erwähnt ganz allgemein Maßnahmen des Arbeitskampfes. Eine Einschränkung des Kampfverbots auf betriebsverfassungswidrige Arbeitskämpfe läßt sich daher aus dem Gesetzeswortlaut nicht überzeugend herleiten. Der Ausschußbericht des Vorsitzenden im Ausschuß für Arbeit, Anton Sabel, über das

---

1) Frey, Arb u. R 1954, 22.

BetrVG enthält die Formulierung <sup>1)</sup>, es sei "festgelegt, daß Arbeitgeber und Betriebsrat im Verhältnis zueinander eine absolute Friedenspflicht haben". Absolut heißt jedoch, daß eine Friedenspflicht für alle Arbeitskämpfe bestehen soll, also auch für rechtmäßige Kämpfe zwischen Tarifvertragsparteien <sup>2)</sup>. Dieser Interpretation des § 49 Abs. II BetrVG durch eine an der Gesetzgebung maßgeblich beteiligte Person ist zu folgen. Die Annahme eines absoluten Kampfverbots zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern <sup>3)</sup> entspricht auch dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit der Parteien des Arbeitslebens im Betrieb nach § 49 Abs. I BetrVG. Aus diesem Gebot folgt, daß Arbeitgeber und Betriebsrat unter keinen Umständen in eine kampfwaise Gegenüberstellung gebracht werden dürfen, damit die Vertrauensgrundlage für ihre Zusammenarbeit nicht gefährdet wird. Es erscheint demnach auch den Interessen der Beteiligten als angemessen, daß der Betriebsrat in keinem Falle Arbeitskämpfmaßnahmen gegen den Arbeitgeber durchführen darf. Es ergibt sich daher, daß das Friedensgebot des § 49 Abs. II S. 2 BetrVG für alle denkbaren Arbeitskämpfe gilt.

## II. Der persönliche Geltungsbereich des Friedensgebotes

Nach einer in der Literatur vertretenen Meinung <sup>4)</sup> soll das Kampfverbot des § 49 Abs. II BetrVG nur den Betriebsrat als solchen, nicht aber seine Mitglieder betreffen. Die einzelnen Betriebsratsmitglieder sollen sich daher ohne Ein-

---

1) RdA 1952, 288.

2) Der Kampf um den Abschluß eines Firmentarifs zählt dann zu den rechtmäßigen Arbeitskämpfen, wenn er zwischen Tarifvertragsparteien um ein tariflich regelbares Kampfziel geführt wird. Es wird dabei lediglich der Geltungsbereich des Tarifvertrages auf ein Unternehmen begrenzt. Vgl. Brox-Rüthers, § 8 A II 3 b, hh, S. 137.

3) so die h.M.: vgl. statt vieler: Fitting-Kraegeloh-Auf-farth § 49 Anm. 16, 17 u. Brox-Rüthers § 7 II, S. 98.

4) Frey, Arb u R 1954, 22.

schränkung auch unter Berufung auf ihr Amt am Streik beteiligen dürfen. Hätte der Gesetzgeber die Betriebsratsmitglieder als Einzelpersonen erfassen wollen, so würde er sie wie in § 55 BetrVG als Einzelmitglieder bezeichnet und den Einzelmitgliedern die Streikbeteiligung verboten haben.

Auch dieser Versuch, die Geltung des betrieblichen Kampfverbotes vom Wortlaut her einzuschränken, ist nicht überzeugend. Die unterschiedliche Bezeichnung erklärt sich daraus, daß das Gesetz im § 49 BetrVG die Zusammenarbeit der beiden Partner des betrieblichen Zusammenlebens regeln will. In der Gegenüberstellung zum Arbeitgeber bietet sich, da der Arbeitgeber immer mit dem gesamten Betriebsrat zusammenarbeitet, die kürzere Gruppenbezeichnung Betriebsrat an. § 55 BetrVG befaßt sich dagegen mit der Rechtsstellung der einzelnen Betriebsratsmitglieder, er normiert die Schweigepflicht der Einzelmitglieder. In diesem Fall liegt es näher, die einzelnen Mitglieder der Gruppe zu nennen. Außerdem ist der Betriebsrat nichts anderes als die Gesamtheit seiner Mitglieder. Wenn daher § 49 BetrVG dem Betriebsrat die Kampfbeteiligung verbietet, dann gilt dieses Verbot selbstverständlich für die einzelnen Mitglieder in ihrer besonderen Eigenschaft als Betriebsratsmitglieder.

### III. Sachliche Abgrenzung der Friedenspflicht des § 49 Abs. II BetrVG

Nachdem nun festgestellt ist, daß das Kampfverbot des § 49 Abs. II Satz 2 BetrVG für alle Arbeitskämpfe gilt und daß die Betriebsratsmitglieder auch als Einzelpersonen in ihrer besonderen Eigenschaft als Betriebsratsmitglieder von dem Kampfverbot betroffen werden, erhebt sich die Frage nach den praktischen Auswirkungen. Die Betriebsratsmitglieder werden sich in den meisten Fällen als einfache Arbeitnehmer am Streik beteiligen, da sie häufig Gewerkschaftsmitglieder sind und gegen eine Streikbeteiligung insoweit grundsätzlich

keine Bedenken bestehen. Da es jedoch naheliegt, daß die Betriebsratsmitglieder dabei ihre Amtsstellung ausnutzen, ist zu untersuchen, inwieweit eine solche Ausnutzung der Amtsstellung erlaubt ist. Ausgangspunkt sollen dabei die möglichen Kampfhandlungen von Betriebsratsmitgliedern sein. Die möglichen Arten einer Kampfbeteiligung der Betriebsratsmitglieder können für diese Untersuchung in drei Gruppen aufgeteilt werden. Es ist zunächst eine Kampfbeteiligung denkbar, die eindeutig der Stellung als Arbeitnehmer entspringt und bei der eine Ausnutzung der Amtsstellung von vornherein ausscheidet; als zweite Gruppe kommen solche Kampfhandlungen infrage, die eindeutig auf der Betriebsratsfunktion basieren, d.h., die aus der Amtsstellung erfolgen; und schließlich ist eine Beteiligung vorstellbar, bei der die Ausnutzung der Amtsstellung möglich, aber nicht zwingend ist.

Nach völlig einhelliger Ansicht <sup>1)</sup> ist eine schlichte Arbeitsniederlegung eines Betriebsratsmitgliedes erlaubt, da diese Art der Kampfbeteiligung eindeutig der Arbeitnehmerstellung entspringt. Eine Ausnutzung des Betriebsratsamtes ist insoweit nicht denkbar. Ebenso unbestritten ist es <sup>2)</sup>, daß der Betriebsrat und seine Mitglieder sich in Ausübung ihrer Amtsfunktionen, die während des Kampfes erhalten bleiben, oder mit ihrer sonstigen typischen Betriebsratsstätigkeit nicht am Arbeitskampf beteiligen dürfen, § 49 Abs. II, S. 2 BetrVG. Allein aus dem Gedanken der Notwehr ist die Beteiligung des Betriebsrats und seiner Mitglieder an einem Abwehrstreik dann gerechtfertigt und ausnahmsweise zulässig, wenn durch eine rechtswidrige

---

1) Fitting-Kraegeloh-Auffarth, § 49 Anm. 16, 17; Hueck-Nipperdey, 2. Bd., S. 817; Galperin-Siebert § 49 Anm. 18 u. 21; Bulla, RdA 1962, 387; Groß, RdA 1953, 371; Meissinger, Die Betriebsverfassung 1954, 5 ff; Dietz, Komm. z. BetrVG § 49 Anm. 19; Brox-Rüthers § 7 II 1 a u. b, S. 98/99; Hiersemann, BB 1966, 252; Neumann-Duesberg, 30. Kap. II 1, S. 441/442.

2) vgl. Fußn. 1.

Angriffshandlung der Arbeitgeberseite eine Notwehrlage entstanden ist <sup>1)</sup>. Ein Abwehrstreik ist aber nur insoweit gerechtfertigt, als die Streikhandlungen das letzte Abwehrmittel darstellen - wenn z.B. die Anrufung der Gerichte nicht mehr rechtzeitig möglich ist -, die Abwehrhandlungen sich im Rahmen der Erforderlichkeit halten und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet wird <sup>2)</sup>.

Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen jedoch bezüglich der sogenannten aktiven Streikbeteiligung, wie z.B. der Streikleitung, dem Streikpostenstehen, der Streikaufrufe oder anderer führender Tätigkeiten in Streikvorbereitung und Streikdurchführung. Innerhalb dieses Bereichs ist es sowohl denkbar, daß die Kampfbeteiligung allein aus der Arbeitnehmerstellung erfolgt, als auch möglich, daß diese Streikunterstützung unter Ausnutzung der Stellung als Betriebsratsmitglied geleistet wird. Die herrschende Meinung <sup>3)</sup> grenzt so ab, daß sie Betriebsratsmitgliedern in ihrer Arbeitnehmerstellung auch eine aktive Streikbeteiligung erlaubt; dabei verlangt sie jedoch, daß die aktiv streikenden Betriebsratsmitglieder jede Ausnutzung ihrer Amtsstellung unterlassen. Die Betriebsratsmitglieder dürfen sich weder der sächlichen Mittel bedienen, die ihnen ihrer Amtsstellung wegen zur Verfügung stehen (Schreibmaschine, Papier, Geschäftsraum des Betriebsrats usw.), noch dürfen sie ihre besondere persönliche Stellung innerhalb des Betriebes benutzen, indem sie z.B. die Autorität ihres Amtes zur Streikwerbung einsetzen. Dabei kann keine schematische Aufteilung gegeben werden, nach der bestimmte

1) Brox-Rüthers § 7 II 1 a, S. 99 u. § 8 A II 8, S. 152; Bulla, RdA 1962, 385 (388, Anm. 22).

2) Brox-Rüthers § 8 A II 8 a, S. 151.

3) Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 49 Anm. 17; Brox-Rüthers § 7 II 1 b, S. 99; Dietz, Komm. z. BetrVG, § 49 Anm. 19; Neumann-Duesberg, 30. Kap. II 1, S. 441/442; Bulla, RdA 1962, 387; Hueck-Nipperdey, 2. Bd., S. 817; Galperin-Siebert § 49 Anm. 21, weitere Hinweise bei Hiersemann, BB 1966, 252.

Handlungen verboten sind; vielmehr muß jedes einzelne Betriebsratsmitglied selbst abwägen, ob das Friedensgebot des § 49 Abs. II S. 2 BetrVG eine Handlung verbietet oder nicht <sup>1)</sup>.

Diese Meinung wird mit dem Argument angegriffen <sup>2)</sup>, die Spaltung der Rechtsstellung einer natürlichen Person in eine schlichte Arbeitnehmerstellung und eine Betriebsratsstellung sei unzulässig und unwirksam, da man nie wisse, in welcher Stellung gehandelt werde <sup>3)</sup>. Die Betriebsratsmitglieder müßten sich daher auch unter Berufung auf ihr Amt am Arbeitskampf beteiligen dürfen.

Gegen dieses Argument spricht zunächst der § 49 Abs. II BetrVG, der eine Kampfbeteiligung des Betriebsrats - und damit auch seiner Einzelmitglieder - verbietet. Außerdem handelt es sich bei der Aufteilung der herrschenden Meinung nicht um die Spaltung einer Person in zwei Rechtsstellungen, sondern nur um die Abgrenzung zweier Pflichtenkreise. Es wird lediglich klargestellt, daß Betriebsratsmitglieder, wenn sie sich aktiv am Streik beteiligen, die Neutralität ihres Amtes wahren müssen. Gegen eine solche Grenzziehung zwischen der aktiven Streikbeteiligung und der aus dem Betriebsratsamt entspringenden Neutralitätspflicht bestehen keine Bedenken.

Nach einer anderen Ansicht <sup>4)</sup> soll die Abgrenzung der herrschenden Meinung zu viele Unsicherheiten bieten. In der Praxis führe das dazu, daß sich Betriebsratsmitglieder, um jedes Risiko zu vermeiden, gar nicht mehr am Arbeitskampf beteiligten. Es müsse daher eine andere Aufteilung versucht

---

1) Brox-Rüthers § 7 II 1 b, S. 99.

2) Frey, Arb u R 1954, 22.

3) Hertslet, Der Betriebsrat 1963, 94 ff, führt als Beispiel an, der Arbeitnehmer müsse sich ein Schild umhängen, auf dem er jeweils anzeigen müsse, in welcher Funktion er handeln wolle.

4) Hiersemann, BB 1966, 252 ff.

werden. Der Betriebsrat und seine Mitglieder sollen sich innerhalb des Betriebes überhaupt nicht aktiv an einem Arbeitskampf beteiligen dürfen; außerhalb des Betriebes bzw. der Betriebsgemeinschaft, etwa gegenüber der Gewerkschaft oder bei Tarifverhandlungen, soll jedoch eine aktive Kampfbeteiligung auch unter Berufung auf die Amtsstellungen erlaubt sein.

Nach dieser Meinung ist es einem Betriebsratsmitglied gestattet, einzelnen Arbeitnehmern eines Betriebes gegenüber unter ausdrücklicher Berufung auf seine Amtsstellung für einen Streik zu werben, wenn dies außerhalb des Betriebes geschieht; es wäre einem Betriebsratsmitglied jedoch z.B. verboten, am Werkstor wortlos Flugblätter mit einem Streikaufruf der Gewerkschaft zu verteilen. Schon diese beiden Fälle zeigen, daß dieser Abgrenzungsversuch eine interessengerechte Behandlung des Problems nicht ermöglicht. Schließlich wird auch das gesetzliche Gebot des § 49 Abs. II BetrVG nicht berücksichtigt. Danach darf sich der Betriebsrat ohne Rücksicht auf den Ort der Handlung nicht am Arbeitskampf beteiligen. Die hier zitierte Meinung würde es jedoch zulassen, wenn sich der Betriebsrat in seiner Gesamtheit in Zusammenarbeit mit der Gewerkschaft außerhalb des Betriebes für den Arbeitskampf einsetzen würde. Die Abgrenzung der herrschenden Meinung läßt sich in der Praxis sicherlich handhaben, wenn die Betriebsratsmitglieder erst nach einer verantwortungsbewußten Abwägung für den Arbeitskampf aktiv werden. Nach sorgfältiger Prüfung dürfte es keine Schwierigkeiten bereiten festzustellen, ob eine Kampfhandlung unter Ausnutzung des Betriebsratsamtes vorgenommen wird oder nicht. Eine ungewollte Ausnutzung ihres Amtes etwa dadurch, daß der an sich erlaubte Kampfeinsatz eines Betriebsratsmitgliedes auf Grund einer starken persönlichen Stellung innerhalb der Betriebsgemeinschaft kampffördernd auf die gesamte Arbeitnehmerschaft wirkt, kann den Betriebsratsmitgliedern dabei nicht verbo-

ten sein <sup>1)</sup>. Diese Regelung bedeutet sowohl für die Arbeitnehmer als auch für die Betriebsratsmitglieder und die Arbeitgeber einen angemessenen Schutz ihrer rechtlich wertbaren Interessen.

#### IV. Ergebnis

Es ist daher der herrschenden Meinung zuzustimmen, die den einzelnen Betriebsratsmitgliedern eine Streikbeteiligung sowohl in aktiver als auch in passiver Form erlaubt mit der Einschränkung, daß die Betriebsratsmitglieder ihre Amtsstellung in keinerlei Hinsicht für den Arbeitskampf ausnutzen dürfen.

#### B. Die Rechtmäßigkeit der Aussperrung von Betriebsratsmitgliedern

Die Rechtmäßigkeit der Aussperrung von Betriebsratsmitgliedern ist entsprechend den Grundsätzen des § 49 Abs. II BetrVG, wie sie für die Grenzen einer rechtmäßigen Streikbeteiligung von Betriebsratsmitgliedern gelten, zu beurteilen.

Im Rahmen rechtmäßiger Arbeitskämpfe zwischen Tarifvertragsparteien können die Betriebsratsmitglieder in ihrer Stellung als schlichte Arbeitnehmer ausgesperrt werden. Aus der Friedenspflicht des § 49 Abs. II BetrVG folgt jedoch, daß der Arbeitgeber den Betriebsrat als solchen oder Einzelmitglieder in ihrer Eigenschaft als Betriebsratsmitglieder nicht aussperren darf <sup>2)</sup>. Die Aussperrung von Betriebsratsmitgliedern in ihrer Amtseigenschaft ist ausnahmsweise zulässig, wenn der Arbeitgeber sich mit der Aussperrung

---

1) Brox-Rüthers § 7 II 1 b, S. 99 m.w.N.

2) vgl. statt vieler: Brox-Rüthers § 7 II 1, S. 98/99; Dietz, Komm. z. BetrVG, § 49 Anm. 13-20; Galperin-Siebert § 49 Anm. 18.

gegen rechtswidrige Angriffshandlungen verteidigen will, die ihn in eine Notwehrlage gebracht haben <sup>1)</sup>. Eine solche Aussperrung bedeutet praktisch, daß der Arbeitgeber die Betriebsratsmitglieder nicht als solche gelten läßt; es wäre etwa denkbar, daß der Arbeitgeber in ihrer Amtseigenschaft ausgesperrten Betriebsratsmitgliedern auf Grund seines Hausrechts den Zugang zu den Räumen des Betriebsrats verwehrt oder daß er solchen ausgesperrten Betriebsratsmitgliedern keine sachlichen Mittel iSd § 39 Abs. II BetrVG zur Verfügung stellt. Der Arbeitgeber ist bei seiner Abwehraussperrung allerdings an die Kriterien der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck gebunden. Daraus ergibt sich, daß der Arbeitgeber ein Betriebsratsmitglied nur insoweit und nur von den Funktionen suspendieren darf, als es zur Abwehr des rechtswidrigen Angriffs erforderlich ist. Die Suspendierung endet daher nach der erfolgreichen Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs. Er darf die Abwehraussperrung nur durchführen, wenn die Aussperrung sein einziges taugliches Mittel zur Verteidigung darstellt <sup>2)</sup>.

---

1) Brox-Rüthers § 7 II 1 a, S. 99.

2) Brox-Rüthers § 8 A II 8, S. 151/152.

## II. Teil: Rechtsstellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat während des Streiks und der Aussperrung

### 1. Kapitel: Fortdauer der Amtsstellungen

Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat (ANV im AR) gehören im Gegensatz zu den Betriebsratsmitgliedern einem Gesellschaftsorgan an. Während sich die Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder einheitlich aus dem BetrVG ergibt, bestimmt sich die Rechtsstellung der ANV im AR nach verschiedenen Gesetzen. Sie wird gestaltet durch das Recht der Gesellschaft, deren Organmitglied ein ANV im AR ist. Nach den §§ 76, 77 BetrVG können ANV im AR in die Aufsichtsräte von Aktiengesellschaften, von Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, bergrechtlichen Gewerkschaften, Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit und Genossenschaften gewählt werden. Die allgemeine Stellung der Aufsichtsratsmitglieder innerhalb dieser sechs Gesellschaftsformen ergibt sich jeweils aus den entsprechenden Gesetzen. Besondere Regelungen für die ANV im AR bestehen nach dem Mitbestimmungsgesetz und dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz für die Aufsichtsräte in Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie. Da die Rechtsstellung der ANV im AR also auf verschiedenen Gesetzen beruht, erhebt sich die Frage, ob das Problem der Fortdauer der Amtsstellungen von ANV im AR einheitlich behandelt werden kann, oder ob bezüglich der verschiedenen Gesellschaften unterschieden werden muß.

#### A. Einheitliche Behandlung aller ANV im AR innerhalb der verschiedenen Gesellschaften

Die Rechtsstellung der ANV im AR beruht auf verschiedenen gesetzlichen Grundlagen. Die sich daraus ergebenden Abweichungen lassen sich in drei Gruppen aufteilen.

Zunächst hat der Aufsichtsrat innerhalb der verschiedenen Gesellschaften eine unterschiedliche Rechtsstellung. Auf die Aufsichtsräte, die nach dem MitbG vom 21. Mai 1951 bzw. nach dem MBergG vom 7. August 1956 bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder bergrechtlichen Gewerkschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit zu bilden sind, finden die Vorschriften des Aktiengesetzes zwar sinngemäß Anwendung, § 3 Abs. II MitbG, § 3 Abs. I 2 MBergG. Diese Aufsichtsräte entsprechen daher dem der Aktiengesellschaft weitgehend. Soweit Aufsichtsräte bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung und bergrechtlichen Gewerkschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit nach § 77 Abs. I BetrVG zu bilden sind, gelten für die Rechtsstellung dieser Aufsichtsräte jedoch nur wenige Vorschriften des Aktienrechts. Diese Aufsichtsräte besitzen z.B. nicht das zwingende Recht zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer oder das Recht, die Bezüge der Geschäftsführer festzusetzen; da die Gesellschafter den Geschäftsführern Weisungen erteilen können, hat das Recht des Aufsichtsrates, bestimmte Geschäfte von seiner Zustimmung abhängig zu machen, § 111 Abs. IV AktG, nur geringe Bedeutung. Der Aufsichtsrat von Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit mit mehr als fünfhundert Arbeitnehmern hat z.B. noch die zusätzlichen Aufgaben, den neugegründeten Verein anzumelden, § 30 I VAG, oder Abschlußprüfer zu bestimmen, § 58 I VAG. Der Aufsichtsrat einer eingetragenen Genossenschaft mit mehr als fünfhundert Arbeitnehmern kann z.B. die Vorstandsmitglieder vorläufig ihrer Ämter entheben, § 40 GmG. Der Aufsichtsrat kann nicht bestimmte Geschäfte von seiner Zustimmung abhängig machen <sup>1)</sup>.

Außerdem ist der Grad der Beteiligung von ANV im AR innerhalb der verschiedenen Aufsichtsräte unterschiedlich geregelt, da neben der Drittelbeteiligung, § 76 Abs. I BetrVG, auch eine paritätische Beteiligung vorkommt, § 4

---

1) Meyer-Meulenbergh § 38 Anm. 4.

Abs. I MitbG und § 5 Abs. 1 MBergG.

Schließlich erfolgt die Wahl der ANV im AR teilweise durch das Wahlorgan der Gesellschaft, § 6 MitbG, teilweise ohne die Beteiligung eines Gesellschaftsorgans entweder unmittelbar, § 76 Abs. II BetrVG, oder mittelbar durch die Arbeitnehmer, § 6 MBergG. Trotz dieser Abweichungen in Einzelpunkten ist eine einheitliche Beantwortung der Frage nach der Fortdauer der Amtsstellungen von ANV im AR während des Arbeitskampfes denkbar. Das setzt jedoch voraus, daß alle ANV im AR eine im Grundsätzlichen gleiche Rechtsstellung besitzen, wenn auch unterschiedliche Einzelregelungen bestehen, und daß die Lösung des Problems der Amtsfortdauer aus dieser allgemein gleichen Rechtsstellung abgeleitet werden kann. Die voneinander abweichenden Einzelregelungen sind dann in diesem Zusammenhang unbeachtlich.

#### I. Grundsätzlich gleiche Rechtsstellung aller ANV im AR

Anhand der genannten drei Gruppen von Unterscheidungen soll in diesem Abschnitt untersucht werden, ob die ANV im AR eine grundsätzlich gleiche Rechtsstellung besitzen.

##### 1. Unterschiedliche Rechtsstellung des Aufsichtsrats

Nach § 111 Abs. I AktG ist es erste Aufgabe des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft, die Geschäftsführung zu überwachen. Diese Hauptaufgabe macht den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft zu einem Überwachungsorgan der Geschäftsführung <sup>1)</sup>.

Für die Kommanditgesellschaft auf Aktien gelten über § 278 Abs. III AktG mit den Besonderheiten des § 287 AktG die Vorschriften über den Aufsichtsrat der Aktiengesell-

---

1) Für das ältere Recht: Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften, 2. Bd., S. 438; vgl. im übrigen statt vieler: Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 76 Anm. 117; Schmidt in Großkommentar zum Aktiengesetz § 95 Anm. 1.

schaft. Der Aufsichtsrat der Kommanditgesellschaft auf Aktien ist demnach dem der Aktiengesellschaft als Überwachungsorgan der Geschäftsführung im wesentlichen nachgebildet. Seine Mitglieder haben allgemein daher eine grundsätzlich gleiche Rechtsstellung wie die der Aufsichtsratsmitglieder der Aktiengesellschaft <sup>1)</sup>.

Eine GmbH muß nach § 77 Abs. I BetrVG einen Aufsichtsrat bilden, wenn sie mehr als fünfhundert Arbeitnehmer hat. Nach den §§ 3 MitbG und 3 MBergG ist eine GmbH, falls sie ein Unternehmen der Montanindustrie darstellt, verpflichtet, einen Aufsichtsrat zu bilden, wenn sie mehr als eintausend Arbeitnehmer besitzt. Durch den § 52 GmbHG werden für den Aufsichtsrat einer GmbH bestimmte Vorschriften aus dem AktG für anwendbar erklärt. Die Vorschriften des Aktiengesetzes sind nach § 77 BetrVG teilweise und nach § 3 Abs. II MitbG insgesamt sinngemäß anzuwenden. Da das GmbHG keine eigenen Vorschriften über den Aufsichtsrat enthält und da ausdrücklich auf § 95 AktG a.F. verwiesen wird, ergibt sich, daß auch der Aufsichtsrat einer GmbH dem der Aktiengesellschaft nachgebildet ist. Er ist wie bei der Aktiengesellschaft ein Überwachungsorgan für die Geschäftsführung, wenn er auch mit erheblich geringeren Befugnissen ausgestattet ist <sup>2)</sup>.

Der bei der bergrechtlichen Gewerkschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit gemäß § 77 BetrVG, § 3 MitbG und § 3 MBergG wie bei der GmbH zu bildende Aufsichtsrat entspricht dem Aufsichtsrat einer GmbH, soweit bei der GmbH ein Aufsichtsrat zu bilden ist <sup>3)</sup>. Er entspricht daher ebenfalls dem Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, so daß seine Mit-

1) Knur, Deutsche Notarzeitung, 1953, S. 17/18.

2) Hachenburg § 52 Anm. 4, 5; Ballerstedt, RGmbH 1952, 177; Hueck, BB 1953, 325 (327); Fitting AR-Blattei D XI E; Schmeer, S. 52.

3) Knur, DNotZ 1953, 15; Fitting, AR-Blattei D XI E; Miesbach-Engelhardt, S. 322.

glieder den Aufsichtsratsmitgliedern einer Aktiengesellschaft ebenfalls grundsätzlich gleichstehen <sup>1)</sup>).

Besteht bei einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit mit mehr als fünfhundert Arbeitnehmern ein Aufsichtsrat, so unterliegt dieser Aufsichtsrat nach § 77 Abs. II BetrVG dem § 76 BetrVG. Für den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit regelt § 35 VAG die Rechtsstellung des Aufsichtsrats. Die Vorschriften des AktG werden größtenteils für anwendbar erklärt. Neben einigen Sonderaufgaben hat der Aufsichtsrat eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit dieselben Funktionen wie der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft <sup>2)</sup>. Es kann daher davon ausgegangen werden, daß auch der Aufsichtsrat eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit in erster Linie ein Überwachungsorgan der Gesellschaft ist <sup>3)</sup>.

Die eingetragene Genossenschaft mit mehr als fünfhundert Arbeitnehmern unterliegt gemäß § 77 Abs. III BetrVG dem § 76 BetrVG. Für sie besteht eine eigene Regelung bezüglich des Aufsichtsrats in den §§ 36 bis 42 GenG. Der Aufsichtsrat ist jedoch auch hier, § 38 GenG, in erster Linie Kontrollorgan für die Geschäftsführung der Genossenschaft. Die Aufgaben des Aufsichtsrats nach den §§ 39, 40 GenG bestimmen nicht den Charakter des Organs. Der Aufsichtsrat entspricht damit ebenfalls in den Grundzügen dem Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft <sup>4)</sup>.

Die Aufsichtsräte der Gesellschaften, an denen nach den §§ 76, 77 BetrVG, 3 MitbG und 3 MBergG Arbeitnehmervertreter beteiligt sein müssen, entsprechen dem Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft insoweit, als sie ein Überwachungs-

---

1) Schmeer, S. 52.

2) Prölss § 35, Anm. 4.

3) Schmeer, S. 54.

4) Meyer-Meulenbergh § 38, Anm. 1; Glass S. 141; Schmidt, S. 113; Schmeer, S. 56.

organ für die Geschäftsführung sind <sup>1)</sup>. Es kann daher davon ausgegangen werden, daß alle Aufsichtsratsmitglieder innerhalb der verschiedenen Gesellschaften eine grundsätzlich gleiche Rechtsstellung insoweit besitzen, als sie Mitglieder eines Gesellschaftsorgans sind, welches in erster Linie zur Überwachung der Geschäftsführung tätig wird.

## 2. Unterschiedlicher Grad der Beteiligung

Aus dem unterschiedlichen Grad der Beteiligung der ANV im AR könnte sich die Annahme ergeben, die ANV im AR hätten z.B. bei der Drittelbeteiligung lediglich ein Beratungsrecht innerhalb des Aufsichtsrats, da sie ohnehin in der Minderheit seien, nur bei der paritätischen Beteiligung stehe ihnen ein wirkliches Mitentscheidungsrecht zu.

Das MitbG vom 21. Mai 1951 führte die paritätische Beteiligung ein, § 4 Abs. I MitbG. Auch in den Gesellschaften, die dem MBergG vom 7. August 1956 unterliegen, muß der Aufsichtsrat zur Hälfte aus Vertretern der Arbeitnehmer bestehen, § 5 Abs. I MBergG. Das BetrVG vom 11. Oktober 1952 sieht eine Beteiligung der ANV im AR zu einem Drittel vor, § 76 Abs. I BetrVG. Aus seiner Entstehungsgeschichte ergibt sich kein Hinweis darauf, daß mit der Änderung des Beteiligungsgrades auch eine Umgestaltung des Mitwirkungsrechtes beabsichtigt war. In dem Bericht des Ausschusses für Arbeit im Bundestag <sup>2)</sup>, erstattet vom Vorsitzenden Anton Sabel, ist lediglich erwähnt, daß den Regierungsparteien eine Beteiligung zu einem Drittel angemessen erschienen sei. Die vorangehende Formulierung "zunächst war der Umfang

---

1) Die GmbH & Co KG fällt als Personalgesellschaft nicht unter die §§ 76, 77 BetrVG. Lediglich für die in der Personalgesellschaft enthaltene GmbH gilt, soweit die Voraussetzungen erfüllt sind, das BetrVG (Hesselmann, S. 136; teilweise abweichend: Knur, S. 18).

2) RdA 1952, 281 ff.

der Beteiligung der ANV im AR festzulegen" deutet sogar darauf hin, daß es bei der Auseinandersetzung zwischen der Opposition und den Regierungsparteien über den Grad der Beteiligung lediglich um den Umfang, nicht aber um die Art des Mitwirkungsrechtes allgemein ging. Daraus ist zu entnehmen, daß durch die Einführung der Beteiligung zu einem Drittel im BetrVG das Mitwirkungsrecht der ANV im AR gegenüber dem MitbG nicht verändert werden sollte.

Für die Frage nach der Fortdauer der Amtsstellungen der ANV im AR kann daher davon ausgegangen werden, daß sich aus den verschiedenen Beteiligungsquoten innerhalb der betroffenen Gesellschaften keine Unterschiede bezüglich des Mitwirkungsrechtes der ANV im AR ergeben. Die ANV im AR besitzen daher auch im Hinblick auf die voneinander abweichenden Beteiligungsquoten eine grundsätzlich gleiche Rechtsstellung.

### 3. Verschiedenheit der Wahl

Da die ANV im AR teilweise von den Arbeitnehmern direkt, teilweise von den Gewerkschaften oder auch vom Wahlorgan der Gesellschaft gewählt bzw. bestellt werden, ergibt sich eine besondere Interessenverbindung zwischen den ANV im AR und jeweils der Gruppe, der ein ANV im AR seine Bestellung zu verdanken hat.

Eine besondere Interessenausrichtung zugunsten der Arbeitnehmer z.B. ergibt sich daraus, daß die ANV im AR für den Bereich des BetrVG ohne Beteiligung eines Gesellschaftsorgans direkt von den Arbeitnehmern des Betriebes gewählt werden, § 76 BetrVG. Für die Gesellschaften, die nach dem MBErgG der Arbeitnehmerbeteiligung unterliegen, sind die ANV im AR z.B. in besonderem Maße gewerkschaftlichen Interessen verbunden, da die Bestellung teilweise durch Wahlmänner der Arbeitnehmerschaft, teilweise durch die Spitzenorganisationen der Gewerkschaften erfolgt, §§ 6, 7

MBErgG. Nach § 6 MitbG werden die ANV im AR vom Wahlorgan der Gesellschaft, z.B. der Hauptversammlung, gewählt. Das Wahlorgan ist dabei an den Wahlvorschlag des Betriebsrats und der Spitzenorganisationen der im Betrieb vertretenen Gewerkschaften gebunden. Hieraus ergibt sich etwa eine besondere Bindung an betriebliche Interessen.

Diese Unterschiede in der Interessenausrichtung können jedoch in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung sein. Die aus der Entstehungsgeschichte des BetrVG <sup>1)</sup> und des MBErgG <sup>2)</sup> zu entnehmenden Überlegungen der an der Gesetzgebung beteiligten Personen ergeben, daß die gegenüber dem MitbG abgeänderten Wahlverfahren nicht im Hinblick auf eine veränderte Rechtsstellung der ANV im AR beschlossen worden sind. Es ging lediglich um eine verbesserte Modalität der Wahl.

Aus der Diskussion des neuen Aktienrechts im Bundestag <sup>3)</sup> ergibt sich, daß innerhalb der Aufsichtsratsmitglieder kein Unterschied nach der Herkunft gemacht werden soll. Die ANV im AR sollen nach den Beratungen des neuen Aktiengesetzes den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern ausdrücklich gleichgestellt sein <sup>4)</sup>.

Die unterschiedlichen Wahlverfahren können daher hinsichtlich der Ausgangsfrage nach der Fortdauer der Amtsstellungen unberücksichtigt bleiben. Die ANV im AR besitzen auch insoweit eine grundsätzlich gleiche Rechtsstellung.

## II. Möglichkeit der Lösung auf Grund der allgemeinen Rechtsstellung der ANV im AR

Im Gegensatz zu den Betriebsratsmitgliedern soll die

---

1) RdA 1952, 281 (294).

2) Boldt, MBErgG § 5 Anm. 3 u. 5.

3) Wilhelmi, 2. u. 3. Lesung zum neuen Aktiengesetz, Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 4. Wahlperiode, 1965, S. 9228 und 9395.

4) Hueck, RdA 65, 322/323.

Beantwortung der Frage nach der Fortdauer der Amtsstellungen während des Arbeitskampfes nicht aus einer Einordnung der Einzelfunktionen abgeleitet werden. Ausgangspunkt soll allein die allgemeine Stellung der ANV im AR als Mitglieder eines gesellschaftlichen Überwachungsorgans sein. Diese unterschiedliche Behandlung bietet sich deshalb an, weil die Tätigkeit der ANV im AR bis auf unbedeutende Nebenaufgaben, die hier außer Betracht bleiben können, einheitlich als Überwachung der Geschäftsführung bezeichnet werden kann. Die Funktionen des Betriebsrats dagegen haben einen sehr verschiedenen Charakter <sup>1)</sup>. Während die Frage nach der Fortdauer der Amtsstellungen bei den ANV im AR auf einer einheitlichen Interessenlage beruht, ändert sich bei den Betriebsratsmitgliedern die Interessenlage innerhalb der einzelnen Funktionen.

### III. Ergebnis

Trotz einzelner Abweichungen bezüglich der Stellung der Aufsichtsräte, der Beteiligungsquoten oder des Wahlverfahrens besitzen die ANV im AR eine grundsätzlich gleiche Rechtsstellung. Sie sind Mitglieder eines Gesellschaftsorgans, das die Aufgabe hat, die Geschäftsführung der Gesellschaft zu überwachen. Da für diesen wesentlichen Bereich der Amtstätigkeiten die Interessenlage einheitlich beurteilt werden kann, ist eine Gleichbehandlung aller ANV im AR innerhalb der verschiedenen Gesellschaften möglich, zumindest soweit sie sich hinsichtlich des Wahlverfahrens, der Beteiligungsquoten und der Stellung der Aufsichtsräte voneinander unterscheiden.

### B. Lösungsversuch

Die Lösung kann einheitlich für alle ANV im AR innerhalb der verschiedenen Gesellschaften versucht werden. Zu-

---

1) vgl. oben 1. Kap.

nächst ist die Methode der Auslegung zu erörtern. Mit Hilfe der methodischen Klärung soll dann die Abhandlung der Literaturmeinungen und der Versuch der eigenen Lösung erfolgen.

## I. Auslegungsmethode

### 1. Geltung des Gleichstellungsgrundsatzes

Die Bestimmungen der §§ 4 Abs. III MitbG und 5 Abs. IV MBergG besagen, daß die ANV im AR den anderen Aufsichtsratsmitgliedern gleichgestellt sind. Dieser im MitbG und im MBergG enthaltene Grundsatz der Gleichstellung gilt auch für die nach den §§ 76, 77 BetrVG bestellten ANV im AR <sup>1)</sup>. Das folgert man daraus, daß das BetrVG später erlassen worden ist als das MitbG und daß es keine abweichende Vorschrift enthält. Wenn das BetrVG vom MitbG hätte abweichen wollen, hätte es dieses sicher durch eine diesbezügliche Vorschrift zum Ausdruck gebracht. Der Regierungsentwurf zum BetrVG vom 31.10.1950 <sup>2)</sup> regelt in seinem § 93 die Gleichstellung aller Aufsichtsratsmitglieder. In der Begründung <sup>3)</sup> heißt es sogar, die ANV im AR seien völlig gleichgestellt. Diese Bestimmungen sind in der endgültigen Fassung des BetrVG nicht mehr enthalten, ohne daß über das Problem der Gleichstellung aller Aufsichtsratsmitglieder ausführlich diskutiert worden ist. Das rechtfertigt die Annahme, der Gesetzgeber habe nur deshalb auf die ausdrückliche Formulierung der Gleichstellung aller Aufsichtsrats-

- 
- 1) Dormanns, S. 37, 38 m.w.N.; Schmeer, S. 61 m.w.N.; Schmedes, S. 13; Baumbach-Hueck, Anh. nach § 86 Anm. 7 A; Schmidt, Großkommentar zum Aktiengesetz, § 86 Anm. 4 d; Leo, Die Aktiengesellschaft 1957, 265 F; Samson, Die Aktiengesellschaft 1957, 74; BAG DB 1957, 1155; Auffarth DB 1965, 1778 ff; Hueck, RdA 1965, 321 ff.
  - 2) BT-Drucksache Nr. 1546, Verhandlungen des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode 1949.
  - 3) BT-Drucksache Nr. 1546, Verhandlungen des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode 1949, S. 65.

mitglieder verzichtet, weil er die gleiche Rechtsstellung aller für so selbstverständlich und nicht mehr erwähnenswert gehalten habe. Es gilt daher auch für die nach dem BetrVG gewählten ANV im AR der Grundsatz der gleichen Rechte und Pflichten <sup>1)</sup>. Der Wortlaut der §§ 4 Abs. III MitbG und 5 Abs. IV MBErgG gilt daher auch für die nach dem BetrVG bestellten ANV im AR.

#### a) Anwendung des Gleichstellungsgrundsatzes

Die Amtsstellungen der Aufsichtsratsmitglieder, die nicht ANV sind, bestehen mangels besonderer Vorschrift während des Arbeitskampfes fort. Aus dem Gleichstellungsgrundsatz könnte man folgern, auch die Amtsstellungen der ANV im AR müßten deshalb während des Arbeitskampfes fortbestehen. Aus einem solchen Gleichstellungsgrundsatz kann jedoch nicht zwingend gefolgert werden, daß alle Gleichgestellten in jeder Hinsicht unbedingt eine gleiche Rechtsstellung besitzen müssen.

#### b) Grenzen des Gleichstellungsgrundsatzes

Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist immer begrenzt durch die wesensmäßige Verschiedenheit der erfaßten Rechtssubjekte <sup>2)</sup>. Der Grundsatz der Gleichbehandlung läßt demnach eine unterschiedliche Behandlung zweier vom Gesetz gleichgestellter Rechtssubjekte dann zu, wenn die Verschiedenheit und die sich daraus ergebenden unterschiedlichen gesetzlich geschützten Interessen das gebieten. Einschränkend ist jedoch zu berücksichtigen, daß der Gesetzgeber

- 
- 1) Nach den Ausführungen von Wilhelmi in der 2. u. 3. Lesung zum neuen Aktiengesetz, Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 4. Wahlperiode, 1965, S. 9228 und 9395, soll innerhalb der Aufsichtsratsmitglieder kein Unterschied nach der Herkunft gemacht werden.
- 2) v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, Art. 3, III 1, m.w.N.; Schmid, S. 79 m.w.N.

vielleicht gerade verschiedene Rechtssubjekte trotz unterschiedlicher Interessenlage gleichbehandelt sehen wollte. Maßgebend dafür ist die gesetzliche Wertung. Trotz eines im Gesetzeswortlaut enthaltenen Gebots der Gleichbehandlung ist eine unterschiedliche Behandlung der gleichgestellten Rechtssubjekte unter zwei Voraussetzungen denkbar. Zunächst muß die Interessensituation der gleichgestellten Rechtssubjekte voneinander abweichen; außerdem muß sich ergeben, daß keine gesetzliche Wertung besteht, die eine Gleichbehandlung gerade der unterschiedlichen Interessenkonstellationen gebietet.

Diese allgemeine Begrenzung des Gleichheitsgrundsatzes lautet übertragen auf die ANV im AR folgendermaßen: Trotz ihrer Gleichstellung mit den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern kann die Frage nach der Fortdauer der Amtsstellungen während des Arbeitskampfes abweichend beantwortet werden. Das setzt jedoch voraus, daß die ANV im AR anderen Interessenbindungen unterliegen als die Aufsichtsratsmitglieder der Kapitalseite, und daß nach der gesetzlichen Wertung diese unterschiedlichen Interessenlagen nicht gleich behandelt werden sollen. Der Wortlaut allein bietet für die Prüfung dieser Voraussetzungen keine weiteren Anhaltspunkte.

## 2. Verwendbare Auslegungskriterien

Die Auslegung dieser Gleichstellung durch das Gesetz muß anhand anderer Methoden versucht werden. Schon die vorangegangenen Erörterungen zum Wortlaut des Gesetzes ergeben, daß eine Auslegung hier mit Hilfe der teleologischen und der historischen Methode erfolgen kann. Es gilt hier zunächst festzustellen, ob die ANV im AR anderen Interessenbindungen als die Aufsichtsratsmitglieder der Kapitalseite unterliegen. Ergibt sich eine unterschiedliche Interessenausrichtung, dann ist es zumindest denkbar, daß die Frage nach der Fortdauer der Aufsichtsratsämter von ANV im AR anders zu beantworten ist als bei den Aufsichtsratsmit-

gliedern der Kapitalseite. Anhand der Möglichkeiten einer abweichenden Regelung soll dann untersucht werden, ob nach der gesetzlichen Wertung die Amtsstellung der ANV im AR erlöschen, ruhen oder vielleicht mit Einschränkungen fortbestehen soll.

## II. Lösungsversuch und Darstellung der Literaturmeinungen

### 1. Abweichende Interessenbindung der ANV im AR

Die ANV im AR müssen zum Teil selbst Arbeitnehmer des Unternehmens sein. Insgesamt werden sie von der Arbeitnehmerschaft unmittelbar oder mittelbar bzw. von den Spitzenorganisationen der Gewerkschaften bestellt und auch abberufen. Die ANV im AR stehen daher nach ihrer Herkunft, ihrer gesamten Ausrichtung und auch schon auf Grund ihrer Bezeichnung auf der Seite der Arbeitnehmerschaft. Sie sind gehalten, die Interessen der Arbeitnehmerschaft innerhalb des Aufsichtsrats zu vertreten. Demgegenüber stehen die Vertreter der Kapitalseite. Sie nehmen die Interessen des Kapitals wahr. Wenn auch beide Gruppen von Aufsichtsratsmitgliedern letztlich den Interessen des Gesamtunternehmens genügen müssen, so haben sie doch entgegengesetzte Ausgangspunkte. Vor allem bei Aufsichtsratsentscheidungen bezüglich des Arbeitskampfes wird sich die entgegengesetzte Interessenausrichtung der ANV im AR und der übrigen Aufsichtsratsmitglieder zeigen. Infolge dieses Gegensatzes der Interessenkonstellationen ist es denkbar, daß trotz der Gleichstellung nach dem Gesetzeswortlaut die Fortdauer des Amtes der ANV im AR anders als bei den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern behandelt wird.

### 2. Lösungsmöglichkeiten anhand der Literatur

Es bestehen grundsätzlich vier verschiedene Möglichkeiten für die Auswirkungen des Arbeitskampfes auf die Amtsstellungen der ANV im AR. Das Stimmrecht könnte während des

Arbeitskampfes ruhen. Weiter käme das Ruhen des Amtes in Betracht; Das Amt könnte infolge des Arbeitskampfes ganz erlöschen; und schließlich wäre es auch denkbar, daß es in vollem Umfang fortbestände. Alle diese Möglichkeiten werden in der Literatur erörtert. Diese Lösungsmöglichkeiten sind daraufhin zu untersuchen, welche von ihnen der gesetzlichen Wertung entsprechen, die aus der Interessenlage und dem Willen des Gesetzgebers zu entnehmen ist.

#### a) Beendigung des Amtes

Als mögliche Gründe für die Beendigung des Amtes der ANV im AR während des Arbeitskampfes kommen die automatische Beendigung und die zwangsweise Niederlegung in Betracht. Ein Erlöschen der Amtsstellungen ist auf Grund einer Beendigung der Arbeitsverhältnisse der zwei notwendig betriebsangehörigen Arbeitnehmer denkbar <sup>1)</sup>. Dieser Beendigungsgrund bleibt im Rahmen dieser Untersuchung jedoch außer Betracht, da nach der hier angenommenen Suspendierungstheorie die Arbeitsverhältnisse weder beim Streik noch bei der Aussperrung erlöschen.

#### aa) Automatische Beendigung

Bei der Prüfung der in der Literatur nicht erörterten Möglichkeit einer automatischen Beendigung des Aufsichtsratsamtes ist davon auszugehen, daß das Gesetz eine Vielzahl von Fällen der Beendigung des Aufsichtsratsamtes enthält. Folgende Beendigungsgründe bestehen schon seit Inkrafttreten des MitbG, MBErgG bzw. des BetrVG: Verlust der Wählbarkeitsvoraussetzungen, § 76 Abs. II BetrVG analog, § 6 Abs. I MitbG, Widerruf der Wahl, § 76 BetrVG i.V.m. den §§ 42 bis 52 WahlO, Wahlanfechtung, § 18 BetrVG analog und Ablauf der Amtszeit, § 76 Abs. II S. 1 BetrVG i.V.m. § 102, Abs. I AktG. Eine zusätzliche Möglichkeit der Beendigung

---

1) Brox-Rüthers § 14 II 2, S. 239.

des Amtes ist durch den § 103 Abs. III des neuen Aktiengesetzes vom 6.9.1965 geschaffen worden. Danach kann jedes Aufsichtsratsmitglied bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auf Antrag des Aufsichtsrates gerichtlich abberufen werden. Für den Beschluß des Aufsichtsrates genügt eine einfache Mehrheit.

Aus der Tatsache, daß das neue Aktiengesetz zu den bestehenden Beendigungsgründen nur einen weiteren hinzugefügt hat, obwohl bei der Gesetzgebung bekannt war, daß die Frage des Fortbestehens des Amtes der ANV im AR während des Arbeitskampfes umstritten ist, ergibt sich ein Anhaltspunkt für die Vollständigkeit der Beendigungsgründe.

Eine automatische Beendigung der Amtsstellungen der ANV im AR während des Arbeitskampfes scheidet nach der Wertung des Gesetzes daher aus <sup>1)</sup>.

#### bb) Zwangsweise Niederlegung des Amtes

Eine zwangsweise Niederlegung des Amtes infolge des Arbeitskampfes kommt ebenfalls nicht in Frage <sup>2)</sup>. Zwar läßt sich die Möglichkeit denken, daß ein ANV im AR sein Amt freiwillig niederlegt; dieser Fall kann jedoch außer Betracht bleiben, da es sich dabei nicht um einen Beendigungsgrund infolge des Arbeitskampfes handelt. Ein Zwang zur Niederlegung infolge des Arbeitskampfes scheidet schon deshalb aus, weil in diesem Fall die Beschlußfähigkeit der Aufsichtsräte gefährdet wäre. Würde das Amt der ANV im AR während des Arbeitskampfes enden, so wäre ein dreiköpfiger Aufsichtsrat beschlußunfähig, § 108, Abs. II AktG. Die größeren Aufsichtsräte nach dem MitbG und dem MBergG sind beschlußfähig, wenn

1) Fernau, S. 100; Dormanns, S. 73.

2) Fernau, S. 100; Dormanns, S. 72 m.w.N.; Hueck, Hueck-Leibholz, Zwei Vorträge zum Arbeitsrecht, Stellung der ANV im AR, S. 15; Winden, DB 1953, 816 (817); LAG München, BB 1956, 240.

nicht mindestens die Hälfte der Mitglieder an der Beschlußfassung teilnimmt, § 108 Abs. II AktG, § 10 MitbG und § 11 MBERgG. Da bei diesen Aufsichtsräten die paritätische Beteiligung gilt, wäre ein solcher Aufsichtsrat schon dann beschlußunfähig, wenn außer den ANV im AR noch ein anderes Aufsichtsratsmitglied fehlen würde. Eine gerichtliche Ergänzung wäre sinnlos, da das Gericht nach § 104 Abs. IV AktG wiederum ANV bestellen müßte, die ihr Amt ebenfalls niederlegen müßten. Die für die ANV im AR während des Arbeitskampfes bestehende Interessenkollision kann daher allenfalls zu einer Stimmrechtsbeschränkung führen <sup>1)</sup>.

Die Möglichkeit der Beendigung des Aufsichtsratsamtes der ANV im AR infolge des Arbeitskampfes scheidet daher aus <sup>2)</sup>.

#### b) Ruhen des Aufsichtsratsamtes

Nachdem die Möglichkeit der Beendigung des Amtes ausgeschlossen ist, muß weiter geprüft werden, ob das Aufsichtsratsamt während des Arbeitskampfes ruht, entweder automatisch mit Kampfbeginn oder durch Verzicht auf die Ausübung des Amtes.

#### aa) Automatisches Ruhen

Das OLG München vertritt in seinem Urteil vom 19.9. 1956 <sup>3)</sup> die Ansicht, das Aufsichtsratsamt der beiden notwendig betriebsangehörigen ANV im AR ruhe während des Streiks. Dafür gebe es vor allem zwei Gründe: Das Aufsichtsratsamt der beiden notwendig betriebsangehörigen ANV im AR erlösche dann zwangsläufig, wenn auch das zugrunde liegende Arbeits-

---

1) vgl. unten c.

2) Brox-Rüthers § 14 II 2, S. 239; Dormanns, S. 70, 73; Neumann-Duesberg, S. 148; Dietz § 76 Anm. 15a; Galperin-Siebert § 76 Anm. 54 b; Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 76 Anm. 133; Fernau, S. 99, 100.

3) BB 1956, 959.

verhältnis infolge des Arbeitskampfes gelöst werde. Daraus sei analog zu schließen, daß das Aufsichtsratsamt der beiden betriebsangehörigen ANV im AR ruhen müsse, wenn auch das Arbeitsverhältnis während des Arbeitskampfes ruhe. Außerdem erfordere die Mitbestimmung Zusammenarbeit. Während des Streiks bestehe jedoch ein unüberwindlicher Gegensatz zwischen der Arbeitnehmer- und der Arbeitgeberseite, der diese Zusammenarbeit unmöglich mache. Zur Lösung der für die ANV im AR bestehenden Pflichtenkollision sei das Ruhen des Amtes der einzige Ausweg.

Noch weiter geht die Ansicht Schillings <sup>1)</sup>, der während des Arbeitskampfes die Ämter aller ANV im AR ruhen lassen will. Er meint, der durch die Mitbestimmung erstrebte Interessenausgleich zwischen den Sozialpartnern sei während des Streiks unmöglich; der Mitbestimmung sei die Grundlage genommen; daraus folge das Ruhen der auf dem Gedanken der Mitbestimmung aufbauenden Aufsichtsratsämter der ANV im AR.

Diese Ansicht wird von dem überwiegenden Teil der Literatur abgelehnt. Einerseits wird die Begründung für diese Meinungen selbst angegriffen, andererseits wird die Möglichkeit des Ruhens der Ämter überhaupt ausgeschlossen.

Das Argument des OLG München, das Aufsichtsratsamt ruhe während des Streiks, weil auch das Arbeitsverhältnis ruhe, ist nicht stichhaltig. Zwischen dem Rechtsverhältnis der Aufsichtsratsmitglieder zu der Gesellschaft und dem Arbeitsverhältnis besteht kein enger Zusammenhang. Das Arbeitsverhältnis ist lediglich Wählbarkeitsvoraussetzung und Grundlage für die Fortdauer des Amtes der beiden ersten ANV im AR <sup>2)</sup>. Eine weitergehende Koppelung zwischen den beiden

---

1) Großkommentar zum Aktiengesetz, § 99 Anm. 9.

2) so die einhellige Meinung: BAG AP Nr. 12 zu § 76 BetrVG; Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 76 Anm. 91; Dietz § 76 Anm. 46; Hueck-Nipperdey, II. Bd. S. 896; Schmid, S. 107; Baumbach-Hueck, Anh. nach § 86 Anm. 6 C; Dormanns, S. 47 Anm. 135.

Rechtsverhältnissen besteht jedoch in keiner Weise <sup>1)</sup>. Die Argumentation, die Lösung des Arbeitsverhältnisses löse das Amt auf und deshalb müsse das Ruhen des Arbeitsverhältnisses zum Ruhen des Amtes führen, ist rein formeller Natur. Es besteht keinerlei Anlaß, aus der Nichtleistung der Arbeit und der Einstellung der Lohnzahlung das Ruhen des Aufsichtsratsamtes zu folgern <sup>2)</sup>. Die Unhaltbarkeit der Ansicht des OLG München zeigt sich auch daran, daß sie für die ANV im AR unterschiedliche Rechtsfolgen beim Streik eintreten läßt. Das Amt der beiden notwendig betriebsangehörigen ANV im AR würde ruhen, das der anderen ANV im AR würde weiterbestehen. Eine solche unterschiedliche Behandlung läßt sich nicht in Einklang bringen mit dem Grundsatz der gleichen Rechtsstellung aller Aufsichtsratsmitglieder <sup>3)</sup>. Für alle ANV im AR besteht während des Arbeitskampfes die gleiche Interessensituation. Eine unterschiedliche Behandlung wäre zwangsläufig nicht interessengerecht.

Schließlich kann auch das gemeinsame Argument Schillings und des OLG München nicht überzeugen, die Ämter der ANV im AR müßten schon deshalb ruhen, weil einer Zusammenarbeit der Sozialpartner und damit der Mitbestimmung während des Streiks der Boden entzogen sei. Auch dieser Begründungsversuch läßt die Interessen der Beteiligten unberücksichtigt. Denn ein völliger Ausschluß von der Tätigkeit im Aufsichtsrat kann weder im Interesse der Arbeitneh-

- 
- 1) Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 96 Anm. 133; Hueck-Nipperdey II. Bd., S. 898 Anm. 56b; Dormanns, S. 71; Meissinger DB 1957, 260; Fernau, S. 95, 96 m.w.N.
  - 2) Hueck, Hueck-Leibholz, Zwei Vorträge zum Arbeitsrecht, Stellung der ANV im AR, S. 14.
  - 3) Schmid, S. 150; Dormanns, S. 71; Hueck, Hueck-Leibholz, Zwei Vorträge zum Arbeitsrecht, Stellung der ANV im AR, S. 14; Fernau, S. 96.

mer noch in dem der Arbeitgeber liegen. Gerade in Konfliktsituationen soll die Mitbestimmung helfen, den Gegensatz zwischen Arbeitnehmerschaft und Arbeitgeberseite zu überwinden. Eine Zusammenarbeit hat vor allem in Konfliktsituationen ihre Bedeutung, da z.B. im Falle des Arbeitskampfes eine möglichst frühzeitige Beendigung der Kampflage durch eine enge Zusammenarbeit in den Aufsichtsräten der betroffenen Unternehmen vorbereitet oder eingeleitet werden kann. Ein völliges Ruhen der Amtsstellungen würde den wünschenswerten Kontakt während des Arbeitskampfes unterbrechen. Die Interessenlage legt daher eine Zusammenarbeit während des Arbeitskampfes nahe. Auch dieses Argument zur Stützung der Annahme, die Ämter der ANV im AR müßten während des Arbeitskampfes ruhen, kann nicht überzeugen <sup>1)</sup>.

Ist schon die Begründung des Ruhens der Ämter nicht schlüssig, so sprechen noch weitere Argumente gegen das Ergebnis des Ruhens.

Die Möglichkeit des Ruhens der Ämter scheitert vor allem daran, daß dem Gesellschaftsrecht ein Ruhen des Aufsichtsratsamtes völlig systemfremd ist. Da die ANV im AR als Organmitglieder der Gesellschaft aber gerade den Regeln des Gesellschaftsrechtes unterliegen, scheidet die Möglichkeit des Ruhens ihres Amtes schon deshalb aus <sup>2)</sup>.

Durch ein zeitweiliges Ruhen des Amtes der ANV im AR würde die Beschlußfähigkeit der Aufsichtsräte weitgehend in Frage gestellt. Nach § 108 Abs. II AktG wäre ein dreiköpfiger Aufsichtsrat während jedes Arbeitskampfes beschlußfähig. Da das Amt des ANV im AR ruhen würde, könnten lediglich zwei Aufsichtsratsmitglieder an den Beschlußfassungen teilnehmen. Bei einem größeren Aufsichtsrat wäre die Be-

---

1) ähnlich auch Dormanns, S. 72; Fernau, S. 98, 99.

2) Dormanns, S. 70; Nikisch, II. Bd., S. 146; Dietz § 76 Anm. 15a; Brox-Rüthers § 14 II 2, S. 239, 240; Fernau, S. 95 m.w.N.

schlußfähigkeit immer dann beseitigt, wenn die Mitgliederzahl infolge des Ruhens der Ämter der ANV im AR unter die von der Satzung vorgeschriebene Mindestzahl sinken würde. Diese Gefahr der Beschlußunfähigkeit des gesamten Aufsichtsrats gerade während der Zeit des Arbeitskampfes bildet ein weiteres Argument gegen die Ansicht Schillings und die des OLG München <sup>1)</sup>. Denn es kann weder im Interesse der Arbeitnehmer noch in dem der Arbeitgeber stehen, die Tätigkeit eines Gesellschaftsorgans während des Arbeitskampfes zu blockieren.

Daß das Ruhen der Amtsstellung während des Arbeitskampfes keine interessengerechte Lösung des Problems der Fortdauer der Mitgliedschaft von ANV im AR bedeutet, zeigt das folgende Beispiel. Nach der Ansicht des OLG München unterliegt ein ANV im AR vor Streikbeginn der organrechtlichen Treuepflicht. Während der Streikvorbereitung ist seine Streikbeteiligung durch diese Treuepflicht begrenzt. Nach Streikbeginn jedoch besteht infolge des Ruhens der Amtsstellung diese organrechtliche Treuepflicht nicht mehr. Der ANV im AR dürfte sich daher nach Streikbeginn in jeder Form ohne Begrenzung durch die Treuepflicht auch führend an einem Streik beteiligen. Eine solche Unterscheidung läßt sich mit der vor und nach Streikbeginn insoweit gleichbleibenden Interessenlage nicht vereinbaren <sup>2)</sup>.

Ein automatisches Ruhen des Aufsichtsratsamtes während des Arbeitskampfes scheidet daher aus <sup>3)</sup>.

#### bb) Ruhen infolge des Verzichts auf die Amtsausübung

Auch die Möglichkeit oder gar der Zwang, auf die Aus-

- 
- 1) Dormanns, S. 71/72; Schmid, S. 150, 151; Hueck-Nipperdey, II. Bd., S. 898, Fußn. 566; Hueck, Hueck-Leibholz, Zwei Vorträge zum Arbeitsrecht, Stellung der ANV im AR, S. 15; Fernau, S. 97.
  - 2) Schmid, S. 151; Fernau, S. 96/97.
  - 3) Dormanns, S. 73; Winden, DB 1953, 816; Meissinger, DB 1956, 688 (690).

übung des Aufsichtsratsamtes für die Dauer des Arbeitskampfes zu verzichten, muß ausgeschlossen werden.

Die Zulässigkeit eines solchen Verzichts ist sehr zweifelhaft <sup>1)</sup>, da die Beteiligungsrechte als sozialrechtliche Positionen, ebenso wie die Beteiligungspflichten, möglicherweise unverzichtbar sind <sup>2)</sup>.

Der Verzicht auf die Amtsausübung führt praktisch zum Ruhen des Aufsichtsratsamtes der ANV im AR. Auch der Lösungsversuch von Dietz <sup>3)</sup>, daß die ANV im AR während des Arbeitskampfes nicht verlangen könnten, zu den Aufsichtsratssitzungen hinzugezogen zu werden, führt praktisch das Ruhen der Amtspflichten herbei. Gegen dieses Ruhen infolge eines freiwilligen oder zwangsweisen Verzichts auf die Amtsausübung sprechen alle die Argumente, die oben <sup>4)</sup> dazu geführt haben, daß die Möglichkeit des automatischen Ruhens der Amtsausübung abgelehnt wurde <sup>5)</sup>.

Durch den Arbeitskampf kann demnach das Ruhen des Aufsichtsratsamtes der ANV im AR in keinem Falle ausgelöst werden. Auch die zweite denkbare Möglichkeit zur Regelung der Fortdauer der Amtsstellungen während des Arbeitskampfes scheidet aus, da sie der gesetzlichen Wertung nicht entspricht.

### c) Stimmrechtsbeschränkung

Als dritte Möglichkeit, eine Veränderung der Rechtsstellung der ANV im AR während des Arbeitskampfes anzunehmen,

---

1) Dormanns, S. 73; Winden, DB 1953, 816; Meissinger, DB 1956, 688 (690).

2) Fernau, S. 100.

3) Dietz, Komm. z. BetrVG, § 76 Anm. 15a.

4) vgl. aa.

5) Fernau, S. 93 ff. m.w.N.

men, besteht die Konstruktion der Stimmrechtsbeschränkung. Die denkbaren Fälle der Beschlußfassung im Aufsichtsrat während des Arbeitskampfes lassen sich in zwei Gruppen aufteilen. Es gibt einmal Beschlüsse über Fragen, die den Arbeitskampf gar nicht berühren; zum anderen stehen die Beschlüsse an, welche durch den Arbeitskampf bedingt sind. Beide Gruppen lassen sich aufteilen in solche Beschlüsse, die persönliche Interessen einzelner ANV im AR berühren, solche, die lediglich allgemein die von den ANV im AR wahrzunehmenden Interessen der Arbeitnehmerschaft betreffen, und solche, die unabhängig von den Belangen der Arbeitnehmer zu fassen sind. Von diesen sechs theoretisch denkbaren Arten von Aufsichtsratsbeschlüssen können in diesem Zusammenhang zwei Arten unberücksichtigt bleiben. Soweit nämlich Beschlüsse die Interessen von Arbeitnehmern in keiner Weise berühren, kommt eine Stimmrechtsbeschränkung für die ANV im AR nicht in Betracht. Es besteht keinerlei Interessenkollision. Für die verbleibenden Fallgruppen lassen sich etwa folgende praktische Beispiele anführen: 1. Für die arbeitskampfunterneutralen Beschlüsse, durch die persönliche Belange berührt werden, läßt sich der Fall denken, daß etwa ein Aufsichtsratsmitglied gemäß § 103 Abs. III AktG über den Antrag auf eine ihn selbst betreffende gerichtliche Abberufung beschließt, wobei sich die Tatsachen, aus denen sich der wichtige Grund ergeben könnte, vor Beginn des Arbeitskampfes ereignet haben. 2. Kampfunterneutrale Beschlüsse während des Arbeitskampfes, die das Gruppeninteresse der Arbeitnehmer betreffen, können etwa darin bestehen, daß Ausschüsse gebildet werden sollen, § 107 Abs. III AktG. Das Interesse der Arbeitnehmer wird insoweit betroffen, als mehr oder weniger ANV im AR in einen Ausschuß gewählt werden können. 3. Als Beispiel für arbeitskampfbedingte Beschlüsse, bei denen vornehmlich das Gruppeninteresse der Arbeitnehmerschaft betroffen wird, läßt sich die Abstimmung eines ANV im AR über Tarifrager denken, wobei dieser ANV im AR nicht Mitglied einer ge-

werkschaftlichen Tarifkommission sein darf. 4. Arbeitskampfbedingte Beschlüsse betreffen etwa dann persönliche Interessen, wenn während des Kampfes im Aufsichtsrat grundsätzlich darüber entschieden wird, ob bestimmte ANV im AR, die sich z.B. rechtswidrig am Streik beteiligt haben, gerichtlich mit Schadensersatzansprüchen wegen dieser Teilnahme am Arbeitskampf belangt werden sollen.

Eine gesetzliche Stimmrechtsbeschränkung für Mitglieder des Aufsichtsrates gibt es weder im Gesellschaftsrecht noch im MitbG, BetrVG oder MBergG. Gesetzliche Stimmrechtsbeschränkungen bestehen lediglich für andere Organmitglieder einer Körperschaft nach § 34 BGB, § 136 Abs. I AktG, § 47 Abs. IV GmbHG. Man könnte eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen in Betracht ziehen. Gemeinsame Voraussetzung dieser drei gleichartigen Tatbestände ist jedoch in jedem Falle die Kollision eigener Interessen mit denen der Körperschaft. Eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen auf das Stimmrecht der ANV im AR setzt zunächst eine entsprechende Interessenlage voraus. Die Interessenlage entspricht den Fällen, die den §§ 34 BGB, 136 Abs. I AktG, 47 Abs. IV GmbHG zugrunde liegen, jedoch nur, wenn persönliche Interessen der ANV im AR mit denen der Gesellschaft kollidieren <sup>1)</sup>.

Auf Grund dieser Analogie ist eine Stimmrechtsbeschränkung während des Arbeitskampfes lediglich als Folge der allgemein zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerschaft bestehenden Interessenkollision <sup>2)</sup> nicht zu rechtfertigen. Es muß vielmehr für die Einzelfälle unterschieden werden. Aus dieser Analogie läßt sich eine Stimmrechtsbeschränkung für das erste Beispiel ableiten, da in solchen Fällen die

---

1) Baumbach-Hueck, Aktiengesetz, § 92 Anm. 5; Godin-Wilhelmi, Aktiengesetz, § 92 Anm. 6.

2) so Neumann-Duesberg, S. 149.

ANV im AR über eine Abberufung abstimmen würden, der sie selbst ausgesetzt wären. Ebenso ist beim vierten Fall zu entscheiden. Hier kollidieren persönliche mit körperschaftlichen Interessen. Eine Stimmrechtsbeschränkung ist daher für diejenigen ANV im AR anzunehmen, die an Beschlüssen mitwirken, durch die ihre persönlichen Interessen betroffen werden. Es ist dabei gleichgültig, ob die Beschlüsse arbeitskampfbedingt sind oder nicht.

Fraglich ist die Anwendbarkeit der Analogie für den zweiten und dritten Fall, da sich bei diesen Beispielen Interessen der Arbeitnehmerschaft und der Arbeitgeber gegenüberstehen. Auf diese Fälle kann die Analogie jedoch nicht ausgedehnt werden. Während die Interessenlage, die den Analogievorschriften zugrunde liegt, eine Kollision von Einzel- und Gesellschaftsinteressen enthält, stehen sich hier Gruppen- und Gesellschaftsinteressen gegenüber. Die Interessenlagen entsprechen sich nicht. Die Analogie ist daher insoweit für kampfbedingte und auch kampfneutrale Beschlüsse ausgeschlossen. Eine Kollision von Interessen der Arbeitnehmerschaft und denen der Gesellschaft kann schon deshalb nicht eine Stimmrechtsbeschränkung der ANV im AR herbeiführen, weil sich die ANV im AR als Sachwalter der Arbeitnehmerinteressen häufig in einem solchen Interessenkonflikt befinden werden. Eine Stimmrechtsbeschränkung für alle diese Fälle aber würde die ANV im AR an der Wahrnehmung ihrer Aufgabe hindern.

Aus einer Analogie zu den Vorschriften der §§ 34 BGB, 136 Abs. I AktG, 47 Abs. IV GmbHG läßt sich eine Stimmrechtsbeschränkung daher nur insoweit herleiten, als durch einen Beschluß die persönlichen Interessen eines ANV im AR berührt werden <sup>1)</sup>. Das kann während eines Arbeitskampfes

---

1) Dormanns, S. 69/70; Brox-Rüthers, § 14 II 2, S. 240; Redding, NJW 1956, 50; Fernau, S. 101-103; Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 76, Anm. 131.

der Fall sein, ist aber nicht generelle Folge des Arbeitskampfes.

Nach Redding <sup>1)</sup> soll eine Stimmrechtsbeschränkung unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB dann eintreten, wenn die Stimmrechtsausübung der Durchsetzung gesellschaftsfremder Interessen dienen kann, und das Aufsichtsratsmitglied diesen Interessen so stark verbunden ist, daß von ihm nach der Lebenserfahrung eine freie Entscheidung gegen diese Interessen nicht erwartet werden kann. Aber auch auf Grund dieser Möglichkeit <sup>2)</sup> besteht kein Anlaß, eine grundsätzliche Stimmrechtsbeschränkung während des Arbeitskampfes anzunehmen. Die ANV im AR sind beauftragt, die Interessen der Arbeitnehmerschaft im Aufsichtsrat zur Geltung zu bringen. Diese Gruppeninteressen stellen keine gesellschaftsfremden Interessen dar, da die Arbeitnehmer Teil des Unternehmens sind. Lediglich bei einer Kollision privater Interessen und denen der Gesellschaft ist auch hier eine Stimmrechtsbeschränkung denkbar, da in diesem Falle gesellschaftsfremde Interessen kollidieren <sup>3)</sup>.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß eine Stimmrechtsbeschränkung zwar während des Arbeitskampfes denkbar ist. Sie ist jedoch nicht grundsätzlich Folge des Arbeitskampfes, sondern nur bei der Kollision von Einzel- und Gesellschaftsinteressen denkbar. Damit entfällt auch die dritte Möglichkeit für die Regelung der Amtsfortdauer bei ANV im AR während des Arbeitskampfes.

### 3. Ergebnis

Das Amt der ANV im AR bleibt während des Arbeitskampfes unbeeinträchtigt weiterbestehen. Zwar unterliegen die

---

1) NJW 1956, 50.

2) Schmid, S. 126-127, wendet sich generell gegen eine solche Generalisierung der Stimmrechtsbeschränkung.

3) Dormanns, S. 70.

ANV im AR anderen Interessenbindungen als die Aufsichtsratsmitglieder der Kapitaleseite <sup>1)</sup>. Deshalb ist es trotz des Gleichbehandlungsgrundsatzes der §§ 4 Abs. III MitbG und 5 Abs. IV MBergG nicht unzweifelhaft, ob das Amt der ANV im AR während des Arbeitskampfes unbeeinträchtigt fortbesteht. Aus der Ablehnung der anderen denkbaren Möglichkeiten einer abweichenden Regelung ergibt sich jedoch, daß die Amtsstellung der ANV im AR als gesellschaftsrechtliche Position während des Arbeitskampfes unbeeinträchtigt bestehen bleiben muß.

---

1) vgl. oben II 1.

## 2. Kapitel: Grenzen einer rechtmäßigen Streikbeteiligung und Rechtmäßigkeit der Aussperrung

Die ANV im AR sind im Gegensatz zu den Betriebsratsmitgliedern in ein Gesellschaftsorgan gleichwertig mit den anderen Organmitgliedern eingegliedert. Daraus ergibt sich für sie eine besondere Bindung an die gesellschaftlichen Belange. Während sie als Arbeitnehmer oder z.B. als Gewerkschaftler ein starkes Interesse besitzen, sich am Arbeitskampf beteiligen zu dürfen, steht ihre organrechtliche Bindung einer Streikbeteiligung entgegen. Für den Arbeitskampf stellt sich allgemein das Problem, inwieweit sich eine aktive oder auch passive Beteiligung mit dieser "organrechtlichen Sonderstellung" <sup>1)</sup> vereinbaren läßt. Die Fragen nach den Grenzen einer rechtmäßigen Streikbeteiligung und der Rechtmäßigkeit der Aussperrung von ANV im AR sind auch von großer praktischer Bedeutung. Eine rechtswidrige Streikbeteiligung kann z.B. ein wichtiger Grund sein, um etwa die ANV im AR gerichtlich aus dem Aufsichtsrat abberufen zu lassen, § 103 Abs. III AktG; ebenso können sich wegen einer rechtswidrigen Streikbeteiligung möglicherweise Schadensersatzansprüche nach den §§ 93, 116 AktG ergeben <sup>2)</sup>. Auf der anderen Seite läuft z.B. ein Arbeitgeber Gefahr, wenn er einen ANV im AR mit einer rechtswidrigen Aussperrungsmaßnahme bei der Ausübung seiner Tätigkeit stört, sich etwa nach § 78 Abs. I b BetrVG strafbar zu machen. Ein solcher Fall kann sich z.B. ergeben, wenn ein Arbeitgeber auf Grund seines Hausrechts den ANV im AR den Zutritt zum Sitzungsraum des Aufsichtsrats verwehrt. In einem solchen Fall könnten sich auch Schadensersatzansprüche für die ANV im AR aus den §§ 823 Abs. II BGB, 76 Abs. II letzter Satz und 53

---

1) Brox-Rüthers § 7 V 4 a, S. 113.

2) Brox-Rüthers § 7 V 4 b, S. 114/115.

Abs. I BetrVG ergeben, da § 53 BetrVG ein Schutzgesetz iSd § 823 Abs. II BGB darstellt <sup>1)</sup>.

#### A. Grenzen der rechtmäßigen Streikbeteiligung

##### I. Keine gesetzliche Regelung

Eine gesetzliche Regelung über die Rechtmäßigkeit der Streikbeteiligung von ANV im AR gibt es nicht <sup>2)</sup>. Das erklärt sich daraus, daß für die Vertreter der Anteilseigner eine Bestimmung über die Streikbeteiligung überflüssig und sinnlos ist, weil sie während des Arbeitskampfes Gegner der Arbeitnehmerschaft sind und eine Streikbeteiligung für sie daher nicht in Betracht kommt. Als durch das MitbG, das MBergG und das BetrVG die Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat eingeführt wurde, fehlte eine besondere Bestimmung über die Streikbeteiligung von ANV im AR. Die so entstandene Gesetzeslücke <sup>3)</sup> ist mit Hilfe einer Interessenabwägung zu schließen. Zunächst sind die betroffenen Interessen zu analysieren; darauf sind die so erfaßten Begehrensvorstellungen wertend zu vergleichen und in eine bestimmte Rangfolge zu setzen <sup>4)</sup>.

Alle denkbaren Lösungsmöglichkeiten für eine Regelung der Streikbeteiligung von ANV im AR werden im Schrifttum erörtert. Es werden die Meinungen vertreten, die Streikbeteiligung von ANV im AR sei generell erlaubt bzw. sie sei nur begrenzt erlaubt und auch, sie sei generell verboten. Unter Berücksichtigung der Interessenlage gilt es zu untersuchen, welcher Lösungsvorschlag eine interessengerechte Behandlung der Frage nach der Rechtmäßigkeit der Streikbeteiligung von ANV im AR darstellt.

---

1) Dietz, Komm. z. BetrVG, § 53 Anm. 20 m.w.H.

2) Brox-Rüthers § 7 V 4 a, S. 113.

3) vgl. zum Begriff der Lücke oben I. Teil, 1. Kap. A II.

4) vgl. oben I. Teil, 1. Kap. A III.

## II. Allgemeine Erlaubnis der Streikbeteiligung

Für eine völlige Streikfreiheit der ANV im AR finden sich in Literatur und Rechtsprechung drei unterschiedliche Begründungsversuche.

### 1. Streikfreiheit infolge des Ruhens der Amtspflichten

Das OLG München <sup>1)</sup> hat den Standpunkt vertreten, das Amt der ANV im AR ruhe während des Arbeitskampfes <sup>2)</sup>. Grund für das Ruhen sei vor allem die Pflichtenkollision, in der sich die ANV im AR während des Arbeitskampfes befänden. Da infolge des Ruhens der Ämter keine Amtspflichten beständen, könne einer Streikbeteiligung der ANV im AR nichts entgegenstehen. Dieser Begründungsversuch scheitert jedoch daran, daß die Ämter der ANV im AR während des Arbeitskampfes nicht ruhen. Aus den oben angeführten Gründen <sup>3)</sup> ergibt sich, daß die Ämter der ANV im AR während des Arbeitskampfes unbeeinträchtigt weiterbestehen. Der Begründungsversuch des OLG München für eine generelle Streikerlaubnis entfällt daher.

### 2. Streikfreiheit durch Begrenzung der Treuepflicht auf den Bereich der Tätigkeit im Aufsichtsrat

Nach einer häufiger vertretenen Ansicht ist die Erlaubnis der Streikbeteiligung der ANV im AR zu messen an der Treuepflicht, die zwischen den ANV im AR und der Gesellschaft besteht; das folge aus ihrer Mitgliedschaft in einem Organ der Gesellschaft; man müsse jedoch die Funktionsbereiche der ANV im AR deutlich aufteilen in einen Bereich, der ihre Stellung als Aufsichtsratsmitglied betreffe, und

---

1) BB 1956, 959.

2) vgl. oben II. Teil, 1. Kap. B II 2 b, aa.

3) vgl. oben II. Teil, 1. Kap. B II 2 b, 3.

den anderen Bereich, der außerhalb der Aufsichtsratsstellung bestehe; die Treuepflicht entspringe der Stellung als Aufsichtsratsmitglied und sei daher auf diesen Bereich beschränkt; da die Streikteilnahme jedoch im Bereich außerhalb der Aufsichtsrats Tätigkeit liege, könne einer Streikbeteiligung die Treuepflicht gar nicht entgegenstehen <sup>1)</sup>. Die Lösung ergebe sich auch aus einem Vergleich mit den Betriebsratsmitgliedern; in entsprechender Anwendung des § 49 Abs. II BetrVG müsse den einzelnen ANV im AR jede Streikbeteiligung erlaubt sein; irgendeine Ausnutzung ihrer Amtsstellung sei ihnen jedoch verboten <sup>2)</sup>.

Eine analoge Anwendung des § 49 Abs. II BetrVG auf die ANV im AR ist jedoch ausgeschlossen. Die ANV im AR sind im Unterschied zu den Betriebsratsmitgliedern Mitglieder eines Gesellschaftsorgans. Aus dieser Eingliederung in ein Gesellschaftsorgan ergeben sich für die ANV im AR gesellschaftsrechtliche Bindungen, denen die Betriebsratsmitglieder nicht unterliegen. Gerade dieser Unterschied ist jedoch ausschlaggebend für die Rechtmäßigkeit der Streikbeteiligung von ANV im AR. Da die ANV im AR sich gerade in einem wesentlichen Punkt der Rechtsstellung von den Betriebsratsmitgliedern unterscheiden, ist eine analoge Anwendung des § 49 Abs. II auf die ANV im AR ausgeschlossen <sup>3)</sup>.

Auch die Beschränkung der Treuepflicht auf den Amtsbereich der ANV im AR ist nicht durchführbar. Soweit die Aufsichtsratsmitglieder im Rahmen ihrer Amtstätigkeit die Interessen des Unternehmens fördern sollen, ergibt sich diese Verpflichtung aus den §§ 93, 116 AktG. Danach müssen die

---

1) Guizetti, ArbuR 1956, 135 und 137; Damköhler, Die Mitbestimmung 1956, 81, (120); Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 76 Anm. 134; Radke NJW 1956, 1581 (1584); Volmer, Arbeitsrechts-Blattei, D, C III 2, b.

2) Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 76 Anm. 134; Damköhler, aaO, S. 120.

3) Brox-Rüthers § 7 V 4 a, S. 113; Fernau, S. 118/119; Dormanns S. 64.

Aufsichtsratsmitglieder bei Ausübung ihrer Amtstätigkeit "die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters" anwenden. Insoweit besteht eine Beschränkung auf den Amtsbereich. Entscheidend ist hier jedoch der negative Teil der Treuepflicht. Er gebietet, die Schädigung aller vom Gemeinschaftszweck im weitesten Sinne umfaßten Interessen zu unterlassen <sup>1)</sup>. Dieses Gebot, Interessenschädigungen zu unterlassen, ist sachlich nur ein Ausschnitt aus den Verpflichtungen der §§ 93, 116 AktG, die sogar eine Interessenförderung verlangen. Es ist daher nur sinnvoll, wenn es über den Amtsbereich hinausgeht. Dieser negative Teil der Treuepflicht umfaßt daher nicht nur den Amtsbereich, sondern legt dem Verpflichteten eine besondere Verantwortung für die Interessen der Gemeinschaft auf, die für seine ganze Person gilt. Auf die ANV im AR übertragen heißt das, daß die ANV im AR mit ihrer ganzen Person verpflichtet sind, eine Schädigung von Interessen der Unternehmensgemeinschaft zu unterlassen <sup>2)</sup>. Eine Beschränkung der Treuepflicht allein auf den Bereich der Aufsichtsratsstätigkeit ist daher nicht möglich.

### 3. Streikfreiheit durch Begrenzung der Treuepflicht nach betriebsverfassungsrechtlichen Grundsätzen

Schließlich vertritt noch Blümer <sup>3)</sup> die Ansicht, die ANV im AR könnten sich in jeder Form am Streik beteiligen. Er geht davon aus, daß sich das "Unternehmensmitwirkungsrecht" der Arbeiter "aus dem menschlich-soziologischen Spannungs- und Gemeinschaftsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, aus dem Einzelarbeitsvertrag" recht-

- 
- 1) vgl. z.B. Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 15.  
 2) Schmeer S. 50; Schmid S. 118, 139; Schmidt, Großkomm. z. Aktiengesetz § 86 Anm. 4d; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, S. 102; LAG München, BB 1956, 240; Hueck-Nipperdey, II. Bd., S. 627; Godin-Wilhelmi, 2. Aufl., § 84 Anm. 30; Fernau S. 118.  
 3) Blümer S. 118/119.

fertigt <sup>1)</sup>. Ein weiterer Anknüpfungspunkt ist seine Behauptung, daß alle ANV im AR in den Betrieben des Unternehmens beschäftigt sein müßten <sup>2)</sup>. Daraus leitet er ab <sup>3)</sup>, daß die Stellung der ANV im AR von der Arbeitnehmereigenschaft und der Bestellung abhängig ist. Danach wird dann der Umfang der Treuepflicht bestimmt; die Grundsätze des Betriebsverfassungsgesetzes erstreckten sich weiter unmittelbar auf den Anstellungsvertrag, beherrschten also auch die gesellschaftsrechtliche Bindung; die Ziele der Unternehmenswirkung seien nur insoweit anerkannt worden, als sie aus dem menschlich-soziologischen Spannungs- und Gemeinschaftsverhältnis zu rechtfertigen gewesen seien; gleiches müsse aber auch für den Umfang der Treuepflicht gelten; jede Treuepflicht könne nur soweit reichen wie ihre tragende Grundlage; die tragenden Grundlagen der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht seien die Organstellung, die Organmitgliedschaft und der Anstellungsvertrag; diese Grundlagen seien in ihrer Begründung und ihrem Fortbestand nach abhängig von der arbeits- und betriebsverfassungsrechtlichen Bindung des Arbeitnehmervertreters; rechtfertigende Grundlage für die gesellschaftsrechtliche Bindung sei gerade das Arbeitsverhältnis und die aus ihm fließende betriebsverfassungsrechtliche Beteiligung; die Treuepflicht sei daher durch die betriebsverfassungsrechtlichen Grundsätze begrenzt; es bestehe ein Vorrang der arbeits- und betriebsverfassungsrechtlichen Bindung; § 49 Abs. II S. 3 BetrVG lasse das Streikrecht der ANV im AR unberührt, soweit sie Arbeitnehmer seien; das könne durch die abhängige gesellschaftsrechtliche Bindung nicht geändert werden <sup>4)</sup>. Den ANV im AR sei daher entsprechend § 49 Abs. II S. 3 BetrVG die Streikbeteiligung generell erlaubt.

---

1) Blümer S. 64.

2) Blümer S. 90.

3) Blümer S. 118.

4) Blümer S. 119 oben.

Dieser Begründungsversuch Blümers ist nicht zutreffend. Er geht entgegen dem Wortlaut des § 76 Abs. II S. 2 und 3 BetrVG davon aus, daß alle ANV im AR in Betrieben des Unternehmens beschäftigt sein müssen <sup>1)</sup>. Daraus leitet er die Abhängigkeit der gesellschaftsrechtlichen Stellung von den arbeits- und betriebsverfassungsrechtlichen Bindungen ab. Die genannte Voraussetzung Blümers widerspricht jedoch eindeutig dem Gesetz und kann daher nicht anerkannt werden. Wenn aber nicht alle ANV im AR dieser arbeits- und betriebsverfassungsrechtlichen Bindung unterliegen, entfällt die Möglichkeit, die Treuepflicht insoweit allgemein zu begrenzen. Die Richtigkeit der Gedanken Blümers im übrigen unterstellt, könnte die Begrenzung dann nur für die betriebsangehörigen ANV im AR gelten. Eine unterschiedliche Eingrenzung des Streikrechts für betriebsangehörige und andere ANV im AR erscheint jedoch nicht richtig, da das dazu führen könnte, daß betriebsangehörige ANV im AR bestimmte Streikhandlungen vornehmen dürften, den von der Gewerkschaft entsandten ANV im AR solche Handlungen jedoch verboten wären. Die Meinung Blümers ist schon von der begrifflichen Argumentation her abzulehnen. Erst recht fehlt ihr jede Berücksichtigung der Interessenlage.

#### 4. Ergebnis

Die Möglichkeit einer generellen Streikbeteiligung von ANV im AR ist daher auszuschneiden <sup>2)</sup>. Sie entspricht auch nicht der Interessenlage. Denn das Interesse des Unternehmens daran, daß sich Organmitglieder nicht unbegrenzt an einer Schädigung des Unternehmens durch den Arbeitskampf beteiligen, würde mit dieser Lösung in keiner Weise berück-

---

1) vgl. dazu oben Einleitung D.

2) vgl. Fernau, S. 118.

sichtigt. Es muß daher eine Lösung gesucht werden, die dieses Interesse der Gesellschaft zumindest mit berücksichtigt.

### III. Verbot jeder Art von Streikbeteiligung

In der Literatur finden sich zwei Gruppen von Meinungen, die das Ergebnis des generellen Streikverbots für ANV im AR vertreten. Beide Begründungsversuche gehen jedoch von verschiedenen Ansatzpunkten aus.

#### 1. Verbot einer Streikbeteiligung aus dem Gedanken der selbstverantwortlichen Mitverwaltung

Meissinger <sup>1)</sup> knüpft daran an, daß der ANV im AR den Betrieb selbstverantwortlich mitverwalte; ein Recht zu selbstverantwortlicher Mitverwaltung schließe jedoch das Streikrecht ex jure aus; außerdem ergebe sich aus der Übernahme des Aufsichtsratsamtes zwingend ein Verzicht auf die Streikbeteiligung während der Amtsdauer.

Diese Argumentation Meissingers ist vor allem von Schmid <sup>2)</sup> angegriffen worden. Er führt aus, der Widerspruch zwischen sozialer Mitverwaltung und Streikbeteiligung bestehe doch grundsätzlich; da auch der gesamten Arbeitnehmerschaft das Mitbestimmungsrecht zustehe, müsse dieser Widerspruch nicht nur für die ANV im AR, sondern auch für die schlichten Arbeitnehmer gelten; diesen Widerspruch habe das Gesetz aber selbst durch § 49 Abs. II BetrVG gelöst; danach sei es verboten, auf der Ebene des Betriebes Arbeitskämpfe gegeneinander zu führen; § 49 Abs. II S. 3 BetrVG lasse jedoch ausdrücklich die Arbeitskämpfe tariffähiger Parteien unberührt; die Streikbeteiligung könne daher nicht ex jure ausgeschlossen sein.

Auch die Auffassung Meissingers, die Annahme des Auf-

---

1) DB 1956, 688 f.; DB 1957, 236 f. u. 259 f.

2) Schmid S. 151, 152.

sichtsratsamtes enthalte einen freiwilligen Verzicht auf die Streikbeteiligung, erscheint ungerechtfertigt. Ein dazu erforderlicher Wille der Beteiligten müßte in irgendwelchen Erklärungen erkennbar sein. Aus der Übernahme des Amtes allein kann jedoch ohne einen weiteren Anhaltspunkt nicht auf eine solche Verzichtserklärung geschlossen werden <sup>1)</sup>.

Die Begründung Meissingers beruht vornehmlich auf Begriffen, wie z.B. selbstverantwortliche Mitverwaltung und Streikrecht, Amtsübernahme und Verzicht auf Streikbeteiligung. Allein diese Argumentation ist jedoch ungeeignet, da sie nicht die hier entscheidende Interessenlage berücksichtigt. Der Begründungsversuch Meissingers ist daher abzulehnen.

## 2. Verbot der Streikbeteiligung aus einer gesellschaftsrechtlichen Bindung

Der andere Begründungsversuch <sup>2)</sup> geht von einer allgemeinen Feststellung aus. Die Stellung der ANV im AR müsse ausschließlich dem Gesellschaftsrecht zugeordnet werden; aus der engen Verbundenheit mit dem Unternehmen ergebe sich zwangsläufig ein generelles Streikverbot; denn Streik bedeute Schädigung des Unternehmens, an der sich ein ANV im AR in keinem Falle beteiligen dürfe.

Auch diese Argumentation, die sich auf eine Zuordnung zum Gesellschaftsrecht stützt, ist nicht überzeugend. Das Interesse der Arbeitnehmerschaft bzw. der ANV im AR, sich am Arbeitskampf beteiligen zu dürfen, bleibt unberücksichtigt. Aber auch die Zuordnung allein zum Gesellschaftsrecht ist zweifelhaft, da den ANV im AR durch das Betriebsverfas-

---

1) Schmid, S. 152.

2) vgl. Dietz, BetrVG, vor § 76 Anm. 2; § 76 Anm. 15a, ders., Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, S. 18; Galperin-Siebert, § 76 Anm. 54 a u. b; Bobrowski-Gaul, S. 515; Scholz, GmbHG, § 52 Anm. 36, 9.

sungsrecht eine gewisse Doppelstellung mit gesellschafts- und arbeitsrechtlichen Anteilen zugewiesen worden ist <sup>1)</sup>.

### 3. Ergebnis

Auch die Möglichkeit eines generellen Streikverbots scheidet daher aus <sup>2)</sup>. Die Berücksichtigung der Interessenlage verlangt, daß auch das Interesse der Arbeitnehmerseite an einer Streikbeteiligung der ANV im AR zur Geltung gelangt.

## IV. Begrenzte Erlaubnis der Streikbeteiligung

Nachdem die beiden extremen Möglichkeiten, nämlich generelles Verbot bzw. generelle Erlaubnis der Kampfbeteiligung, ausgeschieden worden sind, steht fest, daß die gesuchte Lösung zwischen diesen beiden Meinungen liegen muß. Die Kampfbeteiligung der ANV im AR muß teilweise erlaubt und teilweise verboten sein. Die genaue Grenze zwischen Verbot und Erlaubnis kann nur mit Hilfe einer Interessenabwägung ermittelt werden. Es ist daher festzustellen und zu bewerten, welche Interessen bezüglich einer Kampfbeteiligung der ANV im AR bestehen <sup>3)</sup>.

### 1. Interessenfeststellung

Streik bedeutet Schädigung des Unternehmens. An der Interessenskollision bezüglich der Streikbeteiligung der ANV im AR sind also alle die Personen und Personengruppen in-

---

1) Brox-Rüthers § 7 V 4 a, S. 113.

2) vgl. Fernau, S. 117/118.

3) Hueck-Nipperdey, II. Bd., S. 627; Brox-Rüthers § 7 V 4 a, S. 113; Nikisch, II. Bd., § 65 V 4, S. 146; Neumann-Duesberg, S. 149; Bulla, RdA 1962, 388 Fußn. 13; Schilling, GroSkomm. z. Aktiengesetz, § 99 Anm. 9; Schmidt-Goerdeler, Hachenburg, GmbHG, Anh. I zu § 52 Anm. 15; Baumbach-Hueck, Anh. zu § 86 Anm. 7 A; Hueck, Hueck-Leibholz, Zwei Vorträge zum Arbeitsrecht, S. 15; Dormanns, S. 86; Schmedes, S. 76 Fußn. 311; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, S. 102; LAG München, BB 1956, 240; Schmeer, S. 112; Schmid, S. 139/140.

teressiert, deren Belange durch die Schädigung des Unternehmens infolge des Streiks berührt werden.

Die Arbeitnehmerschaft, die Gewerkschaften und auch die ANV im AR selbst sind während des Arbeitskampfes bestrebt, die Arbeitgeberseite durch einen möglichst großen Streikschaden dazu zu bewegen, ihren tariflichen Forderungen nachzugeben. Es liegt daher in ihrem Interesse, sich möglichst vollzählig, also auch unter Mitwirkung der ANV im AR, an einem Streik zu beteiligen. Diese Begehrensvorstellungen sollen im folgenden zusammenfassend als Interesse der Arbeitnehmerschaft bezeichnet werden.

Dem Interesse der Arbeitnehmerschaft stehen die Belange derjenigen entgegen, die durch den Streikschaden betroffen werden. Das sind die Eigentümer des im Unternehmen zusammengefaßten Kapitals. Diese Eigentümer und ihre Interessenvertreter im Vorstand und Aufsichtsrat erstreben eine möglichst hohe Rendite für ihren Kapitalbeitrag. Sie sind daher interessiert, den Streikschaden möglichst gering zu halten. Es liegt folglich in ihrem Interesse, daß die ANV im AR sich nicht an einem Streik beteiligen dürfen. Dieser Interessenkomplex soll im folgenden als Interesse der Arbeitgeber bezeichnet werden.

Dieser Gegensatz in den Bestrebungen der am Arbeitskampf beteiligten Parteien charakterisiert auch die Rechtsstellung der ANV im AR. Wegen ihrer Verbundenheit mit den Arbeitnehmern sind sie Arbeitnehmerinteressen verpflichtet; aus ihrer Stellung als Mitglieder eines Gesellschaftsorgans ergibt sich eine Bindung an Arbeitgeberinteressen. Die ANV im AR besitzen daher eine Doppelstellung, innerhalb der zwei entgegengesetzte Interessenrichtungen aufeinandertreffen <sup>1)</sup>.

---

1) vgl. Brox-Rüthers § 7 V 4 a, S. 113 f. m.w.H.

Diese beiden Interessengruppen können jedoch nur insoweit berücksichtigt werden, als sie rechtlich schutzwürdig sind. Es ist daher zu prüfen, ob für diese Interessengrichtungen ein rechtlicher Schutz besteht.

#### a) Schutzwürdigkeit der Arbeitgeberinteressen

Die Schutzwürdigkeit des Arbeitgeberinteresses, eine Streikbeteiligung der ANV im AR zu verhindern, könnte sich aus einer gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht zwischen ANV im AR und Unternehmen ergeben. Es ist zwar umstritten, ob diese Treuepflicht auf einem Anstellungsvertrag <sup>1)</sup> oder lediglich auf der Organstellung der ANV im AR <sup>2)</sup> beruht. Da jedoch aus der rechtlichen Grundlage keinerlei unterschiedliche Folgen für den Umfang und den Charakter der Treuepflicht herzuleiten sind, kann diese Streitfrage unerörtert bleiben. Nach einhelliger Ansicht ergibt sich jedenfalls aus dem Verhältnis zwischen Organmitglied und Gesellschaft eine Treuepflicht <sup>3)</sup>. Den Umfang dieser Treuepflicht <sup>4)</sup> hat besonders Hueck <sup>5)</sup> allgemein ohne Rücksicht

---

1) vgl. Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 76 Anm. 125, 126; Galperin-Siebert § 76 Anm. 46; Schnorr, ArbuR 1953, 137; Schmedes, S. 41 ff; Blümer, S. 94 Anm. 2 u. 3; Dormanns, S. 39-42; weitere Hinweise bei Natzel, DB 1959, 173 Anm. 33, 36, 37; vgl. weitere Hinweise bei Fernau, S. 111.

2) Meissinger, DB 1957, 236 (260); Damköhler, Die Mitbestimmung, 1956, 81 (86, 87); Natzel, DB 1959, 171 ff; vgl. weitere Hinweise bei Fernau, S. 111.

3) Schmidt, Großkomm. z. AktG, § 95 Anm. 4a, § 86 Anm. 4d; Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 76 Anm. 125, 126; Natzel, DB 1959, 171 ff; Meissinger, DB 1957, 236 ff; Damköhler, Die Mitbestimmung, 1956, 81 ff; Galperin-Siebert, § 76 Anm. 46; Schnorr, ArbuR 1953, 137; Schmedes, S. 41 ff; Blümer, S. 94; Dormanns, S. 39-42; Baumbach-Hueck, AktG, § 95 1 B; Eiselt, JZ 1957, 205; Schmeer, S. 49; Schmid, S. 122; vgl. weitere Hinweise bei Fernau, S. 110, Fußn. 71.

4) vgl. Schmidt, Großkomm. z. AktG, § 86 Anm. 4d; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, S. 102; Kühlewein, NJW 1954, 621; Mestmäcker, S. 215; Radke, NJW 1956, 1581; Schmid, S. 118; Schmeer, S. 50; Fernau, S. 114/115.

5) Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, 12 ff (15).

auf den Entstehungsgrund definiert. Eine Treuepflicht besteht danach überall dort, wo ein Gemeinschaftsverhältnis mit personenrechtlichem Charakter besteht. Ihr Inhalt besteht darin, "jede Schädigung der Interessen der Gemeinschaft und der durch den Gemeinschaftszweck umfaßten Interessen der Mitbeteiligten zu unterlassen und darüber hinaus diese Interessen im Rahmen der durch die Gemeinschaft bedingten Tätigkeit zu fördern" <sup>1)</sup>. Für die ANV im AR bedeutet das, daß sie bei ihrer Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglieder die Gesellschaftsinteressen zu fördern haben und daß sie im übrigen die Gesellschaftsinteressen nicht schädigen dürfen.

Der positive Teil der Treuepflicht ist in den §§ 93, 116 AktG genauer umschrieben. Danach haben die Aufsichtsratsmitglieder bei der Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Für den negativen Teil der Treuepflicht, der gebietet, die Interessen der Gesellschaft außerhalb der Amtstätigkeit z.B. durch Streikbeteiligung nicht zu schädigen, gibt es keine gesetzliche Regelung.

Der rechtliche Schutz der Arbeitgeberinteressen, eine Streikbeteiligung der ANV im AR zu verhindern, ergibt sich daher aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht.

#### b) Schutzwürdigkeit der Arbeitnehmerinteressen

Die rechtliche Schutzwürdigkeit der Arbeitnehmerinteressen, eine Streikbeteiligung auch für die ANV im AR zu ermöglichen, könnte sich aus dem Gedanken der Solidarität ergeben. Die Solidarität ist als Rechtsprinzip anerkannt <sup>2)</sup>.

---

1) Hueck, aaO, S. 15.

2) vgl. statt vieler BAG AP Nr. 2 u. 3 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko"; Gaber, S. 24/25; Hueck-Nipperdey, I. Bd. S. 354, Fußn. 127.

Sie wird abgeleitet aus der sozialen Interessengleichheit der Arbeitnehmer untereinander. Aus dieser berufsgemeinschaftlichen Bindung ergibt sich das Recht bzw. die Pflicht für ein geordnetes Zusammenwirken der Berufsgenossen <sup>1)</sup>. Dieses Solidaritätsprinzip gilt auch über den Rahmen des Einzelbetriebes hinaus <sup>2)</sup>.

Das Interesse der Arbeitnehmerschaft daran, daß sich alle Mitglieder ihrer Berufsgemeinschaft am Arbeitskampf beteiligen dürfen, ergibt sich somit aus der Solidarität.

### c) Gemeinsame, schutzwürdige Interessen

Die Arbeitnehmerschaft und auch die Arbeitgeberseite haben bezüglich der Streikbeteiligung von ANV im AR jedoch auch zwei gemeinsame Interessenkomplexe.

Zunächst einmal sind sie an einer möglichst klaren Regelung bezüglich der Grenzen einer Streikbeteiligung der ANV im AR interessiert. Dieses Bestreben der Arbeitnehmerseite hat seinen Grund darin, daß die ANV im AR bei einer Überschreitung der Grenzen hohen Schadensersatzansprüchen und der Möglichkeit der gerichtlichen Abberufung ausgesetzt sind <sup>3)</sup>. Um solchen nachteiligen Folgen einer Streikbeteiligung aus dem Wege zu gehen, muß die Streikbeteiligung der ANV im AR exakt abgegrenzt sein. Auch ein Arbeitgeber ist für eine eventuelle Aussperrung von ANV im AR darauf angewiesen, die Grenzen der Streikbeteiligung von ANV im AR genau zu kennen. Er läuft sonst Gefahr, sich Schadensersatzansprüchen nach den §§ 823 Abs. II BGB, 76 Abs. II letzter Satz, 53 Abs. I BetrVG auszusetzen oder sich gemäß § 76 Abs. I b BetrVG strafbar zu machen <sup>4)</sup>.

---

1) Gruber, S. 26.

2) BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko".

3) vgl. oben II. Teil, 2. Kap. vor A.

4) vgl. oben II. Teil, 2. Kap. vor A.

Außerdem haben beide Parteien das gemeinsame Interesse, daß durch eine Beteiligung der ANV im AR am Arbeitskampf das Unternehmen nicht wirtschaftlich vernichtet wird. Die Arbeitnehmerseite ist an der Erhaltung ihrer Arbeitsplätze, die Arbeitgeberseite an der Sicherung des investierten Kapitals interessiert.

Die Schutzwürdigkeit dieser gemeinsamen Interessen bedarf keiner besonderen Begründung. Da innerhalb dieses Bereichs keine Interessenkollision stattfindet, können diese gemeinsamen Begehrungsvorstellungen im Rahmen der Interessenbewertung ohne weiteres berücksichtigt werden. Die Schutzwürdigkeit der Interessen ergibt sich aus der gemeinsamen Ausrichtung.

## 2. Lösung mit Hilfe einer Interessenbewertung

Diese festgestellten Interessen gilt es zu bewerten und in ein Rangverhältnis zu setzen. Aus der Höherwertigkeit bestimmter Interessen oder deren Gleichwertigkeit soll anhand praktischer Lösungsmöglichkeiten ein interessengerechtes Ergebnis gefunden werden.

### a) Kein allgemeiner Interessenvorrang aus der Zuordnung der ANV im AR zu einem bestimmten Rechtsgebiet

Man könnte der Ansicht sein, die Rechtsstellung der ANV im AR sei einem bestimmten Rechtsgebiet zuzuordnen; aus dieser Zuordnung ergebe sich eine Interessenbindung für die ANV im AR, so daß sie z.B. bei einer Zuordnung zum Gesellschaftsrecht vorrangig gesellschaftsrechtlichen Interessen verpflichtet wären.

So wird z.B. von einem großen Teil der Literatur <sup>1)</sup>

---

1) Schmid, S. 50; Schmedes, S. 87; Dormanns, S. 77/78; LAG München, BB 1956, 240; Dietz § 76 Anm. 15a; Galperin-Siebert § 76 Anm. 54a; Hueck-Nipperdey, II. Bd., S. 898, Fußn. 56b; Meissinger, Die Betriebsverfassung 1956, 130; 1956, 225; ders., DB 1957, 236; Schilling, RdA 1954, 444.

die Stellung der ANV im AR als gesellschaftsrechtliche Stellung angesehen. Nach dieser Ansicht soll allein das Gesellschaftsrecht die Grundlage für die Rechtsstellung der ANV im AR sein <sup>1)</sup>. Nach einer anderen Meinung <sup>2)</sup> ist davon auszugehen, daß die ANV im AR allein durch die Mitbestimmungsgesetze die Legitimation zur Vertretung im Aufsichtsrat erhalten. Die Stellung der ANV im AR soll daher vor allem dem Betriebsverfassungsrecht unterliegen. Schnorr <sup>3)</sup> vertritt eine vermittelnde Ansicht. Er meint, die Stellung der ANV im AR beruhe sowohl auf Gesellschaftsrecht als auch auf Betriebsverfassungsrecht, und zwar jeweils zu einem bestimmten Teil. Vom Einzelfall ausgehend müsse zunächst immer festgestellt werden, ob der ANV im AR in seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer oder als Mitglied des Aufsichtsrats tätig werde. Je nachdem sei seine Handlung dann nach Gesellschaftsrecht bzw. nach Betriebsverfassungsrecht zu bewerten. Blümer <sup>4)</sup> ordnet die Stellung der ANV im AR dem Arbeitsrecht allgemein zu. Schließlich wird nach einer stark vertretenen Ansicht <sup>5)</sup> die Stellung der ANV im AR dem Unternehmensrecht zugeordnet. Dabei soll das Unternehmensrecht ein Rechtsgebiet darstellen, innerhalb dessen das Gesellschafts- und das Mitbestimmungsrecht "sich wechselseitig ergänzende und befruchtende Rechtsgebiete" darstellen <sup>6)</sup>.

---

1) a.A. vgl. Schmidt, Großkomm. z. AktG, Vorbem. vor § 86; Reinhardt, Festschrift für Nipperdey, S. 242; Giese-Boesebeck, S. 7; Hueck, Hueck-Leibholz, Zwei Vorträge zum Arbeitsrecht, S. 10; Dormanns, S. 78; Dietz, Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, S. 11; Raiser, 39. Dt. JurTag B, S. 69.

2) Damköhler, Die Mitbestimmung 1956, 117; Kassmann, S. 14 u. 18; Winden, DB 1953, 816/817; Froehlich-Franke-Wagner, § 76 Anm. 1.

3) Schnorr, ArbuR 1953, 65 u. 108.

4) S. 64 ff.

5) Dormanns, S. 85; Schmedes, S. 10 Fußn. 54; Schmid, S. 26/27; Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 76 Anm. 12; Eiselt, JZ 1957, 204; Krause, Unternehmer und Unternehmung, S. 17; Molitor, DB 1950, 25; Bötticher, BB 1957, 652; Müller, BB 1957, 411; Radke, NJW 1956, 1583; Fernau, S. 30 ff m.w.H.

6) Dormanns, S. 84.

Aus diesen rein begrifflichen Zuordnungsversuchen läßt sich jedoch kein Hinweis auf das Rangverhältnis der hier relevanten Interessen entnehmen. Die Interessenlage besteht unabhängig von irgendeiner begrifflichen Zuordnung zu einem Rechtsgebiet. Denn das Treueverhältnis der ANV im AR zur Gesellschaft müßte als rechtlicher Schutz des Arbeitgeberinteresses z.B. auch dann bestehen bleiben, wenn die Stellung der ANV im AR dem Betriebsverfassungsrecht zuzuordnen wäre. Umgekehrt wäre das Interesse der Arbeitnehmerschaft an einer Streikbeteiligung der ANV im AR durch die Solidarität auch dann geschützt, wenn die Rechtsstellung der ANV im AR dem Gesellschaftsrecht zuzuordnen wäre. Die oben aufgeführten Zuordnungsversuche können daher unerörtert bleiben.

b) Kein allgemeiner Interessenvorrang aus dem Verhältnis der ANV im AR zur Arbeitnehmerschaft und zu den Gewerkschaften

Aus einer besonderen, engen Verbundenheit der ANV im AR mit der Arbeitnehmerschaft bzw. den Gewerkschaften könnte sich eine vorrangige Interessenbindung zugunsten der Arbeitnehmerseite ergeben. Die ANV im AR lösen sich durch den Eintritt in den Aufsichtsrat nicht völlig aus ihrer Verbundenheit mit der Arbeitnehmerschaft. Die ANV im AR könnten etwa deshalb den Interessen der Arbeitnehmer besonders verbunden sein, weil sie von der Arbeitnehmerseite gewählt und auch abberufen werden.

aa) Abhängigkeit bezüglich Wahl und Abberufung

Die nach dem BetrVG in die Aufsichtsräte entsandten Arbeitnehmervertreter werden gem. § 76 Abs. II BetrVG von den wahlberechtigten Arbeitnehmern der Betriebe innerhalb eines Unternehmens gewählt. Nach § 76 Abs. V BetrVG kann die Bestellung durch einen Wahlbeschluß der Arbeitnehmer entweder auf Antrag der Betriebsräte oder eines Fünftels der wahlberechtigten Arbeitnehmer widerrufen werden. Die

nach dem BetrVG bestellten ANV im AR sind also bezüglich Wahl und Abberufung von den wahlberechtigten Arbeitnehmern <sup>1)</sup> abhängig.

Nach § 6 MitbG werden die Vertreter der Arbeitnehmerseite teils vom Betriebsrat, teils von den Spitzenorganisationen der Gewerkschaften bestimmt. Das Wahlorgan des Unternehmens ist an diese Vorschläge gebunden. Die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern erfolgt nach § 87 Abs. II AktG durch die Hauptversammlung der Gesellschaft auf Vorschlag der Stelle, die gem. § 6 MitbG die ANV im AR bestimmt hat, § 11 MitbG. Im Bereich des MitbG sind die ANV im AR bezüglich Wahl und Abberufung teils vom Betriebsrat, teils von der Spitzenorganisation der Gewerkschaften abhängig.

Das MBergG regelt, daß die Bestimmung der ANV im AR teils durch von den wahlberechtigten Arbeitnehmern gewählte Wahlmänner erfolgt, § 6 MBergG, teils durch die Spitzenorganisationen der Gewerkschaften, § 7 MBergG. Die Abberufung, § 10 MBergG, steht für den ersten Teil der ANV im AR den Wahlmännern auf Antrag des Betriebsrates bzw. eines Fünftels der Wahlberechtigten zu; der zweite Teil kann nur durch ein Gericht auf Antrag der Spitzenorganisation abberufen werden, die das Mitglied vorgeschlagen hat.

Eine Abhängigkeit der ANV im AR besteht demnach bezüglich Wahl und Abberufung.

#### bb) Keine weiterreichende Abhängigkeit

Die ANV im AR können demnach zwar jederzeit von ihren "Wählern" abberufen werden, eine weiterreichende Abhängigkeit über die allgemeine Pflicht zur Solidarität hinaus besteht jedoch nicht. Die ANV im AR sind insbesondere nicht

---

1) § 6 BetrVG.

an einzelne Weisungen gebunden. Die Möglichkeit der jederzeitigen Abberufung bindet die ANV im AR allerdings indirekt sehr eng an die Vorstellungen ihrer "Wähler". Denn die Abberufung kann ohne eine besondere Begründung einfach dann vorgenommen werden, wenn die "Wähler" der Meinung sind, die ANV im AR brächten ihre Interessen im Aufsichtsrat nicht genügend zur Geltung. Da die ANV im AR jedoch während ihrer Amtszeit ihr Mandat völlig unabhängig ausüben können, sind sie an bestimmte Weisungen ihrer "Wähler" nicht gebunden.

Allein die bestehende Abhängigkeit bezüglich Wahl und Abberufung bewirkt keinen Interessenvorrang der Arbeitnehmerinteressen. Die Arbeitnehmerinteressen sind demnach nicht über die Solidarität hinaus schutzwürdig.

c) Erörterung der Möglichkeiten für eine Begrenzung der Streikbeteiligung

Oben <sup>1)</sup> ist festgestellt worden, daß weder ein generelles Streikverbot noch eine generelle Streikerlaubnis eine interessengerechte Lösung der Frage nach der Streikbeteiligung von ANV im AR darstellen; die gesuchte Regelung muß vielmehr in dem Bereich zwischen diesen beiden extremen Möglichkeiten liegen. Die Streikbeteiligung muß bis zu einer gewissen Grenze erlaubt, jenseits dieser Grenze verboten sein. Es soll untersucht werden, welche Abgrenzung für eine Erlaubnis der Streikbeteiligung von ANV im AR den Interessen der Parteien entspricht.

aa) Beziehung zwischen Streikbeteiligungshandlung und Organstellung als Abgrenzungskriterium

Schmid <sup>2)</sup> will den Geltungsbereich der Treuepflicht für die verschiedenen Tätigkeiten der ANV im AR unterschied-

---

1) vgl. oben II u. III.

2) Schmid, S. 139/140.

lich begrenzen. Er meint, innerhalb der Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied gebiete die Treuepflicht eine ausschließliche Wahrnehmung von Unternehmensinteressen; außerhalb dieses Tätigkeitsbereichs gelte die Treuepflicht jedoch nicht uneingeschränkt. "Das Aufsichtsratsmitglied ist nicht, um es plastisch auszudrücken, der Aktiengesellschaft 'mit Haut und Haar' verschrieben." Je mehr das Handeln des Aufsichtsratsmitgliedes ohne Beziehung zur Organstellung sei, desto mehr sei es dem Aufsichtsratsmitglied gestattet, unternehmensfremde Interessen zu berücksichtigen; eine Streikbeteiligung im Sinne der schlichten Arbeitsniederlegung, des Streikpostenstehens und des Verteilens von Flugblättern z.B. habe mit der Vertrauensstellung eines Aufsichtsratsmitgliedes nichts zu tun; diese Streikhandlungen seien daher im Rahmen der Treuepflicht irrelevant <sup>1)</sup>; der Streikaufruf und die Streikleitung jedoch ständen in enger Beziehung zu der Stellung als Aufsichtsratsmitglied; ein ANV im AR könne bei diesen Tätigkeiten seine als Aufsichtsratsmitglied erworbenen Kenntnisse verwerten; eine solche Art der Streikbeteiligung müsse für die ANV im AR daher verboten sein <sup>2)</sup>.

Gegen diese Ansicht wendet sich Fernau <sup>3)</sup>. Er meint, der negative Teil der Treuepflicht, der dem Treueverpflichteten eine Schädigung von Gesellschaftsinteressen verbiete, erfasse die ganze Person ohne Rücksicht auf einen bestimmten Tätigkeitsbereich; außerdem werde den ANV im AR hier die Möglichkeit eingeräumt, sich generell an einzelnen Streikhandlungen, z.B. dem Streikpostenstehen, zu beteiligen, ohne daß es dabei auf den konkreten Schaden für das Unternehmen ankommen solle; schließlich sei es unbegründet, den ANV im AR einen Gebrauch der aus ihrer Amtstätigkeit erworbenen Kenntnisse zu verbieten; es sei vielmehr Pflicht des ANV im AR, seine Kenntnisse von der

---

1) Schmid, S. 155.

2) Schmid, S. 156.

3) Fernau, S. 121.

wirtschaftlichen Lage des Unternehmens zu verwerten, soweit dadurch nicht die Schweigepflicht verletzt werde <sup>1)</sup>.

Dieser Argumentation Fernaus ist im wesentlichen zuzustimmen. Wie oben dargelegt <sup>2)</sup>, erfaßt die Treuepflicht die ganze Person. Das ergibt sich auch aus der Interessenlage. Denn das Interesse der Arbeitgeberseite daran, daß die ANV im AR nicht durch eine Streikbeteiligung der Gesellschaft Schaden zufügen, besteht für jede Art von Streikbeteiligung in gleicher Weise. Der Beitrag zur Schädigung der Gesellschaft kann beim Streikpostenstehen unter Umständen sogar weit intensiver sein, als dies bei einer Tätigkeit in der Streikleitung der Fall sein kann. Daher ist es denkbar, daß das Arbeitgeberinteresse, den ANV im AR das Streikpostenstehen zu verbieten, stärker sein kann als ihr Bestreben, die ANV im AR z.B. von der Streikleitung fernzuhalten. Die Treuepflicht kann daher nicht für einzelne Fälle aktiver Streikbeteiligung geringer bewertet werden. Eine Unterscheidung nach dem konkreten Schaden, der der Gesellschaft durch einen bestimmten Streik droht, erscheint jedoch entgegen Fernau nicht angebracht. Nach dieser Ansicht Fernaus soll eine bestimmte Art der Streikbeteiligung, z.B. das Verteilen von Streikaufrufen, je nach dem Schaden, der von dem konkreten Streik auf die Gesellschaft ausgeht, in dem einen Fall rechtmäßig, im anderen rechtswidrig sein <sup>3)</sup>.

Der Abgrenzungsversuch Schmidts entspricht auf jeden Fall nicht der Interessenlage. Das durch die Solidarität geschützte Arbeitnehmerinteresse an einer Streikbeteiligung der ANV im AR besteht für alle Arten der Streikbeteiligung, ohne daß es darauf ankommt, ob die Streikbeteiligungshandlung in einer engen Beziehung zu der Organstellung steht. Auch das entgegengesetzte Arbeitgeberinteresse wirkt

---

1) Fernau, S. 122.

2) vgl. oben A II 2.

3) vgl. dazu unten bb.

unabhängig von der Beziehung einer Streikhandlung zur Organstellung der ANV im AR. Die Abgrenzung zwischen Verbot und Erlaubnis von Streikhandlungen kann daher nicht nach dem Kriterium der Organbezogenheit erfolgen.

bb) Von der Streikhandlung ausgehende Gefährdung für das Unternehmen als Abgrenzungskriterium

Fernau <sup>1)</sup> vertritt die Theorie der sachlich begrenzten Streikteilnahme. Er geht davon aus, daß das Unternehmen eine Gemeinschaft von Gesellschaft und Arbeitnehmern sei; wenn sich ein ANV im AR an einem Streik beteilige, erleide durch seine Handlung ein Teil des Unternehmens, die Gesellschaft, einen Verlust; der andere Teil, die Arbeitnehmerschaft, müsse zwar während des Kampfes auf ihren Lohn verzichten; insgesamt gesehen werde sie aber durch den Streik in der Regel günstiger gestellt; die Treuepflicht gebiete den ANV im AR zwar, einen Schaden von nur einem Teil des Unternehmens, der Gesellschaft, abzuwenden und insoweit auch alle schädigenden Handlungen zu unterlassen; hier bestehe jedoch eine Besonderheit; die Maßnahmen, die einem Teil Schaden zufügten, gereichten dem anderen Teil des Unternehmens zum Vorteil; soweit nur eine solche Besserstellung der Unternehmensarbeitnehmerschaft erstrebt werde, die dem Gesamtunternehmen keinen untragbaren Schaden zufüge, dürfe ein ANV im AR sich am Streik beteiligen; die Treuepflicht mit dem Verbot der Schädigung der Gesellschaft stehe dem nicht entgegen; die Schädigung der Gesellschaft und der Vorteil der Arbeitnehmerschaft höben sich innerhalb des Unternehmens gegenseitig auf; an einem solchen Streik dürften sich ANV im AR in jeder Form beteiligen.

Man könne demnach für die Rechtmäßigkeit der Streikbeteiligung von ANV im AR zwei Voraussetzungen aufstellen:

---

1). Fernau, S. 122-126.

Einmal sei die Schädigung der Gesellschaft nur dann rechtmäßig, wenn die Unternehmensarbeitnehmerschaft tatsächlich für sich einen Vorteil erstrebe und die Aussichten auf Erreichung dieses Zieles nach Lage der Dinge erfolgversprechend seien. Zum anderen dürfe die Schädigung infolge des Streiks nicht ein derartiges Ausmaß erreichen, daß durch Ruinierung eines Teils des Unternehmens, der Gesellschaft, das Ganze vernichtet oder auch nur gefährdet werde.

Aus diesen Grundsätzen leitet Fernau <sup>1)</sup> folgende Folgerungen für die Praxis ab. Wenn die Ertragslage, die Produktivität und die Marktsituation eines Unternehmens gut sei, dann würden Lohn- und Gehaltsforderungen mit Erfolgswahrscheinlichkeit gestellt, da sie vielleicht die Gewinne schmälern, aber nicht die Rentabilität in Frage stellen könnten; entstehe in solchen Situationen ein Streik, sei die Ursache dafür bei der Unternehmens- und Geschäftsleitung zu suchen; eine Streikbeteiligung der ANV im AR sei in solchen Fällen generell erlaubt; bei einer schlechten wirtschaftlichen Lage des Unternehmens führe dagegen eine kampfwise Erzwingung von Lohn- und Gehaltsverbesserungen dazu, daß die Rentabilität des Unternehmens vernichtet und seine Existenz bedroht werde; der Schaden für das Ganze sei damit größer als der mögliche Vorteil für einen Teil; bei einer solchen Sachlage verstoße jede Beteiligung eines ANV im AR am Streik gegen seine Treuepflicht zum Unternehmen.

Der ANV im AR müsse von Fall zu Fall aus seiner Kenntnis der Geschäftslage selbständig entscheiden, ob die der Kampfmaßnahme zugrunde liegende Forderung vom Unternehmensganzen her zu rechtfertigen sei oder nicht; da ein ANV im AR diese Verantwortung jedoch nur tragen könne, wenn es über den Geschäftsablauf vollständig unterrichtet werde, bestehe für die ANV im AR ein Anspruch auf vollständige

---

1) Fernau, S. 124/125.

Information; unterbleibe eine solche Information, so könnten die ANV im AR unterstellen, die wirtschaftliche Lage des Unternehmens gestatte eine Realisierung der anstehenden Forderungen; für solche Fälle sei die Streikbeteiligung der ANV im AR auch dann gerechtfertigt, wenn die Situation der Gesellschaft eine Erhöhung der Löhne und Gehälter an sich nicht zulasse.

Außerdem sollen sich die ANV im AR nicht an allen rechtmäßigen Streiks beteiligen dürfen. Die Teilnahme sei nur an Streiks zugunsten der Arbeitnehmerschaft des Unternehmens gerechtfertigt. An Sympathie- oder Demonstrationstreiks sowie solchen Arbeitskampsmaßnahmen, die nur für einen kleinen Teil der Arbeitnehmerschaft, z.B. für wenige Organisierte, Vorteile erstreben, sollen die ANV im AR generell nicht teilnehmen dürfen.

Dieser Lösungsversuch erscheint insoweit interessengemäß, als auf die Intensität des Streikschadens abgestellt wird. Es ist durchaus denkbar, daß das aus der Treuepflicht folgende Gebot der Streikneutralität dann besonders stark wirkt, wenn der drohende Schaden für die Gesellschaft zu einer Existenzgefährdung führt. Einer Existenzvernichtung des Unternehmens steht das gemeinsame Interesse von Arbeitgeberseite und Arbeitnehmern gegenüber, die beide an der Erhaltung der Unternehmenseinheit interessiert sind <sup>1)</sup>. Der Lösungsvorschlag scheitert jedoch an der Frage der praktischen Handhabung. Es wird für die ANV im AR zumindest in Grenzfällen unmöglich sein, genau zu beurteilen, ob die Durchsetzung bestimmter Lohnforderungen eine Gefährdung für ein bestimmtes Unternehmen bedeutet oder nicht. Den ANV im AR würde damit genau die Entscheidung abverlangt, bezüglich der die Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände vor Beginn des Arbeitskampfes keine Einigkeit erzielt haben. Es ist ausgeschlossen, z.B.

---

1) vgl. oben 2. Kap. A IV 2 c.

die Marktsituation zuverlässig für die Zukunft zu beurteilen. Es kann unerwartet ein besseres Konkurrenzprodukt auf den Markt kommen; der Außenhandelsabsatz kann infolge neuer Zollschränken oder politischer Verschiebungen überraschend nachlassen; schließlich ist eine unerwartete Sättigung des Marktes denkbar. Umgekehrt kann sich eine zunächst schlechte Absatzlage plötzlich bessern. Da auch die Dauer des Streiks unbekannt ist, ist es denkbar, daß ein zunächst für das Unternehmen ungefährlicher Streik mit längerer Dauer zu einer Existenzgefährdung führt. Es wird dann aber schwer feststellbar sein, ab wann eine solche Gefährdung für das Unternehmen entsteht. Die ANV im AR dürften sich möglicherweise zunächst an einem Streik beteiligen; ab einer gewissen Zeit müßten sie ihre Beteiligung jedoch einstellen. Wenn man bedenkt, daß sicher nicht alle ANV im AR versierte Wirtschaftsfachmänner sind, wird deutlich, daß eine solche Entscheidung von den ANV im AR nicht verlangt werden kann. Es bestände die Gefahr, daß ANV im AR bei einer falschen Beurteilung der Geschäftslage erheblichen Schadensersatzansprüchen ausgesetzt wären <sup>1)</sup>.

Neben diesen Schwierigkeiten bei der Handhabung durch die ANV im AR ergeben sich aus dieser Lösung noch weitere Bedenken. Es ist vorstellbar, daß von zwei Unternehmen der gleichen Branche eines mit hohen Gewinnen arbeitet, das andere infolge einer schlechten Führung am Rande der Rentabilität steht. Allein die Ertragslage soll nun bei sonst gleichen Verhältnissen darüber entscheiden, ob sich die ANV im AR an einem Streik beteiligen dürfen oder nicht. Das könnte dazu führen, daß in dem ertragsschwachen Unternehmen die ANV im AR jahrelang praktisch vom Streik ausgeschlossen würden. Bei Streiks innerhalb großer Gebiete würden die ANV im AR teilweise aktiv streiken dürfen, teilweise wären sie ganz vom Streik ausgeschlossen und teilweise dürften sie mit zeitlicher Begrenzung streiken. Die-

---

1) vgl. oben 2. Kap. vor A.

se möglichen Konsequenzen zeigen deutlich, daß der Lösungsversuch Fernaus nicht zutreffend sein kann.

Es erscheint auch nicht interessengerecht, wenn die ANV im AR sich bei einem Streik gegen ein wirtschaftlich starkes Unternehmen unbegrenzt am Streik beteiligen dürfen. Wenn auch die Gesellschaft nicht in ihrer Existenz bedroht wird, so bleibt der Streik doch eine Schädigung der Gesellschaft. Einer solchen Schädigung steht jedoch die Treuepflicht sicher entgegen, wenn die ANV im AR sich besonders intensiv an dieser Schädigung beteiligen.

Die Grenze zwischen Verbot und Erlaubnis einer Streikbeteiligung kann daher nicht nach der konkreten Gefährdung bemessen werden, die einem Unternehmen durch einen Streik droht. Die Theorie der sachlich begrenzten Streikteilnahme ist daher abzulehnen. Der Umfang des Streikschadens ist zwar für die Interessenlage von Bedeutung, da ein großer Schaden das Gebot der Streikneutralität verstärken kann. Es darf jedoch dabei nicht auf den konkreten Schaden eines bestimmten Arbeitskampfes abgestellt werden. Entscheiden kann nur die abstrakte Schädigungswirkung ohne Rücksicht auf die wirtschaftliche Lage des betroffenen Unternehmens.

cc) Streikfördernde Wirkung einer Streikhandlung als Abgrenzungskriterium

Schmeer <sup>1)</sup> ist der Ansicht, grundsätzlich könne nur eine passive Streikbeteiligung der ANV im AR rechtmäßig sein; jede Beteiligung am Streik über die schlichte Arbeitsniederlegung hinaus sei rechtswidrig; aber auch die schlichte Arbeitsniederlegung verstoße dann gegen die Rechtsordnung, wenn von ihr eine streikfördernde Wirkung ausgehe; das sei grundsätzlich in zwei Fällen denkbar; wenn nur wenige Arbeitnehmer eines Betriebes streikten und

---

1) Schmeer, S. 112/113.

die übrigen durch die Arbeitsniederlegung eines ANV im AR ebenfalls zu einer Streikteilnahme verleitet würden, weil der ANV im AR auf Grund seiner starken Stellung im Betriebe einen starken Einfluß auf die Arbeitnehmer besitze, bestehe eine solche streikfördernde Wirkung; ebenfalls gehe von einer Streikbeteiligung der ANV im AR eine streikfördernde Wirkung aus, wenn ein ANV im AR eine Schlüsselposition im Betriebe innehatte und durch seine Arbeitsniederlegung z.B. als Maschineneinsteller oder Kontrolleur der elektronischen Anlage einer Stahlstraße ein ganzer Betriebsteil stillgelegt würde. Eine solche streikfördernde passive Streikbeteiligung soll nach Schmeer der qualifizierten Streikbeteiligung, wie z.B. dem Streikposten stehen oder der Mitwirkung in der Streikleitung, gleichzusetzen sein.

Dieser Abgrenzungsversuch entspricht insofern der Interessenlage, als er auf die streikfördernde Wirkung einer Streikbeteiligungshandlung abstellt. Wenn die ANV im AR durch eine aktive Beteiligung die allgemeine Streikbeteiligung fördern und damit zur Vergrößerung des Streikschadens beitragen, verstärkt sich das Interesse der Arbeitgeberseite an der Neutralität der ANV im AR. In solchen Fällen überwiegt es das durch die Solidarität geschützte Interesse der Arbeitnehmer an einer Streikbeteiligung der ANV im AR. Bedenken gegen diese Lösung ergeben sich jedoch für die beiden Fälle, in denen nach Schmeer auch die passive Streikbeteiligung der ANV im AR rechtswidrig sein soll.

Es wird sich bis auf wenige Extremfälle nur schwer feststellen lassen, ob die Arbeitseinstellung von angesehenen ANV im AR auf Grund persönlicher Beeinflussung weitere Arbeitnehmer zum Streik bewegt hat. Da die ANV im AR eine exponierte Stellung besitzen, wird es aber auch nie ganz auszuschließen sein, daß andere Arbeitnehmer sich den Streikentschluß von ANV im AR zum Beispiel nehmen. Im Betrieb angesehene ANV im AR dürften sich deshalb wohl nie rechtmäßig an einem Streik beteiligen. Weniger angesehene und beliebte ANV im AR, die keinen guten Kontakt mit der Arbeitnehmer-

schaft besitzen, könnten sich jedoch schon eher am Streik beteiligen, ohne sich der Gefahr von Schadensersatzansprüchen auszusetzen. Es liegt nicht im Interesse der Kampfparteien, die Rechtmäßigkeit der Arbeitsniederlegung von derartig unsicheren Abgrenzungen abhängig zu machen. Ein solcher streikfördernder Einfluß, der allein auf Auswirkungen der Persönlichkeit von ANV im AR beruht, muß als sozialadäquat hingenommen werden <sup>1)</sup>.

Auch der zweite Ausnahmefall, bei dem eine schlichte Arbeitsniederlegung von ANV im AR rechtswidrig sein soll, weil die ANV im AR Schlüsselpositionen besitzen, erscheint nicht gerechtfertigt. Zunächst ist es nicht zwingend so, daß durch den Ausfall einer Schlüsselperson generell ein höherer Streikschaden eintritt. Da eine solche Schlüsselperson z.B. auch durch Krankheit oder Tod überraschend ausfallen kann, wird sich jedes Unternehmen, soweit es die Umstände zulassen, so einrichten, daß es nicht zu einem größeren Teil von der Arbeitsleistung einer Person abhängig ist. Auch im Falle eines Teilstreikes könnte daher eine Ersatzperson vorhanden sein. Streikt der ganze Betrieb, dann bewirkt die Arbeitsniederlegung von Schlüsselpersonen ohnehin keine Schadenserhöhung. Außerdem wird sich oft schwer abgrenzen lassen, ob eine Schlüsselposition besteht oder nicht. Soll man schon von einer Schlüsselposition sprechen, wenn nur ein weiterer Arbeitnehmer auf die Mitarbeit des anderen angewiesen ist? Bei dem Ineinandergreifen aller Arbeitsanteile innerhalb eines modernen Betriebes gäbe es fast nur noch Schlüsselpositionen.

Es zeigt sich, daß die Abgrenzung nach Schmeer ebenfalls nicht zutreffend sein kann, da sie zu viele Abgrenzungsschwierigkeiten enthält. Eine solche Unklarheit widerspricht dem Interesse der Kampfparteien an einer eindeutigen Regelung.

---

1) vgl. für die Betriebsratsmitglieder: Brox-Rüthers § 7 II 1 b, aa, S. 99.

dd) Abgrenzung zwischen aktiver und passiver Streikbeteiligung

Da sonstige verwendbare Abgrenzungskriterien nicht bestehen, ist mit der herrschenden Meinung <sup>1)</sup> zwischen aktiver und passiver Kampfbeteiligung zu unterscheiden; dabei stehe das Interesse des Unternehmens daran, daß die ANV im AR nicht durch Beteiligung am Streik zur Schädigung der Gesellschaft beitrügen, einer aktiven Streikbeteiligung entgegen; eine passive Streikbeteiligung als schlichte Arbeitsniederlegung sei jedoch erlaubt, da den ANV im AR nicht zugemutet werden könne, als Streikbrecher zu erscheinen. Nach der herrschenden Meinung darf ein ANV im AR während des Streiks, falls er Arbeitnehmer des bestreikten Unternehmens ist, die Arbeit niederlegen. Eine darüber hinausgehende Kampfbeteiligung ist ihm jedoch verboten. Diese Regelung ist hinreichend klar. Sie entspricht auch der Interessenlage sowohl für die Erlaubnis der passiven als auch für das Verbot der aktiven Streikbeteiligung.

a<sub>1</sub>) Erlaubnis der passiven Streikbeteiligung

Die Interessenwertung ergibt, daß das Arbeitgeberinteresse an der Unterlassung der passiven Kampfbeteiligung nicht sehr gewichtig ist. Wenn auch schon die schlichte Arbeitsniederlegung für die Entstehung des gesamten Streikschadens rechtlich als kausal angesehen werden kann <sup>2)</sup>, so

1) Hueck-Nipperdey, II. Bd., S. 627; Brox-Rüthers § 7 V 4 a, S. 113; Nikisch, II. Bd. § 65 V 4, S. 146; Neumann-Duesberg, S. 149; Bulla, RdA 1962, 388 Fußn. 13; Schilling, Großkomm. z. AktG, § 99 Anm. 9; Schmidt-Goerdeler, Hachenburg, GmbHG, Anh. I zu § 52 Anm. 15; Baumbach-Hueck, Anh. zu § 86 Anm. 7 A; Hueck, Hueck-Leibholz, Zwei Vorträge zum Arbeitsrecht, S. 15; Dormanns, S. 86; Schmendes, S. 76 Fußn. 311; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, S. 102; LAG München, BB 1956, 240; Bulla, AR-Blattei, Arbeitskampf II E, II 2a, bb.

2) h.M.; vgl. statt vieler: RAG ARS 14, 293; Dersch ARS 14, 301; BAG BB 1959, 304; Hueck, RdA 1956, 203; Kaskel-Dersch, 4. Aufl., S. 347.

bleibt doch zu berücksichtigen, daß es für die Gesellschaft vor allem von Interesse ist, wer tatsächlich den Eintritt des Streikschadens verursacht. Der Gesellschaft kommt es nicht so sehr darauf an, ob jemand rechtlich als Urheber des Streikschadens gilt oder nicht. Für sie ist es vielmehr von Bedeutung, ob jemand tatsächlich zur Entstehung oder Vergrößerung des Streikschadens beiträgt.

Der tatsächliche Schwerpunkt des Streiks liegt in der Hand derer, die zum Streik aufrufen, ihn beschließen, befehlen und die Durchführung organisieren <sup>1)</sup>. Als tatsächliche Verursacher des Streiks treten daher vor allem die Gewerkschaften mit ihren Funktionären auf und die Personen, die innerhalb der Betriebe aktive Streikhandlungen, wie Streikpostenstellen, Verlautbarung von Streikaufrufen, Streikleitung usw., ausführen. Die einzelnen Arbeitnehmer, die durch schlichte Arbeitsniederlegung am Streik teilnehmen, verursachen zwar im Sinne der Gesamtkausalität den Streikschaden; tatsächlich ist jedoch die Bedeutung der Arbeitseinstellung einzelner Arbeitnehmer für die Entstehung des Streikschadens gering. Der Streik wird als kollektive Maßnahme in erster Linie von den Gewerkschaften getragen. Entstehung und Ausmaß des Streikschadens hängen demnach nur in geringem Maße von der schlichten Arbeitseinstellung einzelner Arbeitnehmer ab. Entscheidend ist die von den Gewerkschaften getragene Kollektivität aller streikwilligen Arbeitnehmer.

Das Interesse der Gesellschaft, die Streikteilnahme der betriebsangehörigen ANV im AR in der Form der schlichten Arbeitsniederlegung zu verhindern, ist daher gering zu bewerten; dem aus der Solidarität entspringenden Interesse der ANV im AR, sich am Streik beteiligen zu dürfen, ist der Vorrang einzuräumen. Aus den gleichen Gründen ist eine

---

1) Hueck-Nipperdey, II. Bd., S. 656; Niese, S. 84.

passive Streikbeteiligung der ANV im AR auch an solchen Arbeitskämpfen erlaubt, die zu einer Existenzgefährdung des Unternehmens führen, wenn der Arbeitskampf insgesamt rechtmäßig ist.

Die Richtigkeit der Erlaubnis einer passiven Streikbeteiligung zeigt sich auch bei einem Vergleich mit der Angriffsaussperrung. Eine Angriffsaussperrung wird von der Unternehmensführung dann beschlossen, wenn es im Interesse des Gesamtunternehmens geboten ist, die Produktion unter den gegebenen Bedingungen durch Aussperrung der Arbeitnehmer zu beenden. Auch ein Arbeitgeberverband wird nur dann beschließen, Arbeitnehmer im Wege einer Angriffsaussperrung zu bekämpfen, wenn die Verbandsinteressen, d.h. die Gesamtheit der Arbeitgeberinteressen, das gebieten. Eine solche Aussperrung erfolgt daher entweder im Einzelinteresse einer Gesellschaft oder im Verbandsinteresse, welches die Summe der gesellschaftlichen Einzelinteressen darstellt. Da mit der Aussperrung auf jeden Fall Interessen der Gesellschaft verfolgt werden, kann eine Beteiligung von Aufsichtsratsmitgliedern der Kapitaleseite an einer solchen Kampfmaßnahme nicht durch die organrechtliche Treuepflicht begrenzt sein. Die Aufsichtsratsmitglieder der Kapitaleseite dürfen sich, da sie keine Gesellschaftsinteressen verletzen, in jeder denkbaren Form an einer rechtmäßigen Aussperrung beteiligen.

Wenn sich jedoch die Aufsichtsratsmitglieder der Kapitaleseite an einer Arbeitskampfmaßnahme der Arbeitgeberseite beteiligen dürfen, muß auch für die ANV im AR eine zumindest passive Streikbeteiligung erlaubt sein. Dieses Ergebnis folgt aus dem Gebot der Kampfparität.

#### b<sub>1</sub>) Verbot der aktiven Streikbeteiligung

Durch die aktive Streikbeteiligung, Streikleitung, Streikaufruf, Streikpostenstehen und andere streikaktive

Tätigkeiten, trägt ein ANV im AR besonders intensiv zur Schädigung der Gesellschaft bei. Er verursacht den Streikschaden im Falle einer aktiven Streikbeteiligung nicht lediglich im Sinne der Gesamtkausalität; sein tatsächlicher Beitrag zur Vergrößerung des Streikschadens ist vielmehr auch praktisch von erheblicher Bedeutung. Das Interesse der Gesellschaft an dem Unterbleiben dieser Tätigkeit, das durch die Treuepflicht geschützt ist, hat demgemäß ein besonderes Gewicht. Die Treuepflicht steht demnach einer aktiven Streikbeteiligung in erhöhtem Maße entgegen.

Aus dem durch die Solidarität geschützten Interesse der Arbeitnehmer an einer Streikbeteiligung der ANV im AR läßt sich ein Anspruch auf eine aktive Kampfteilnahme nicht herleiten. Das Arbeitnehmerinteresse ist nur insoweit von Bedeutung, als es durch die Solidarität geschützt ist. Solidarität bedeutet aber nichts anderes, als daß die Arbeitnehmerschaft infolge ihrer sozialen Interessengemeinschaft ein Recht auf ein geordnetes Zusammenwirken besitzt <sup>1)</sup>. Die Arbeitnehmer unterliegen einer berufsgemeinschaftlichen Bindung. Daraus ergibt sich das Interesse aller und auch des einzelnen, sich entsprechend den Zielen dieser Gemeinschaft verhalten zu dürfen. Dieses solidarische Interesse besteht vor allem daran, daß Mitglieder der Berufsgemeinschaft nicht zu einem gemeinschaftswidrigen Verhalten veranlaßt werden dürfen. So würde es z.B. gegen die Solidarität verstoßen, wenn ein ANV im AR sich als Streikbrecher betätigen müßte. Aus der Solidarität aller Arbeitnehmer untereinander ergibt sich jedoch nicht ein bestimmter Anspruch auf eine exponierte Tätigkeit zum Vorteil der Berufsgemeinschaft. Die Solidarität schützt das Interesse daran, daß nicht in das Zusammenleben der Gemeinschaft eingegriffen wird; sie gibt jedoch keinen direkten Anspruch, durch aktive Tätigkeit nach außen Ziele der Ge-

---

1) Gruber, S. 26.

meinschaft verwirklichen zu können. Eine aktive Streikbeteiligung der ANV im AR ist durch die Solidarität daher allenfalls in einem geringen Maße geschützt. Das durch die Solidarität nur schwach geschützte Interesse der Arbeitnehmerseite an einer Streikbeteiligung der ANV im AR muß daher gegenüber dem intensiven Interesse der Arbeitgeberseite an einer Streikneutralität zurücktreten.

Es entspricht daher der Interessenlage, wenn sich die ANV im AR nicht aktiv am Streik beteiligen dürfen.

#### d) Ergebnis

Die Frage nach den Grenzen einer rechtmäßigen Streikbeteiligung von ANV im AR ist daher in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung folgendermaßen zu beantworten:

Die betriebsangehörigen ANV im AR dürfen während des Arbeitskampfes ihre Arbeit niederlegen. Eine aktive Kampfbeteiligung über die schlichte Arbeitsniederlegung hinaus ist den ANV im AR jedoch verboten.

#### B. Rechtmäßigkeit der Aussperrung

Eine Aussperrung von ANV im AR kommt nur für die Aufsichtsratsmitglieder in Betracht, die in einem Betriebe des Unternehmens beschäftigt sind. Ebenso wie diese ANV im AR im Rahmen rechtmäßiger Arbeitskämpfe zwischen Tarifvertragsparteien mitstreiken dürfen, können sie auch ausgesperrt werden <sup>1)</sup>. Diese Folge ergibt sich aus dem Grundsatz der Kampfparität. Wer sich am Arbeitskampf beteiligen darf, muß auch durch den Arbeitskampf betroffen werden können. Gegen dieses Ergebnis lassen sich keine Argumente aus der Amtsstellung der ANV im AR ableiten; denn die Aussperrung führt nach der hier als richtig unterstellten Suspendierungstheorie nur zum Ruhen der Arbeitsverhältnisse. Die Amtsstellung

---

1). Brox-Rüthers § 7 V 4 a, S. 114.

der ANV im AR wird daher durch die Aussperrung nicht betroffen.

Die ANV im AR dürfen in ihrer Eigenschaft als Organmitglieder nicht ausgesperrt werden. Eine Ausnahme ist allein für den Fall denkbar, daß der Arbeitgeber durch rechtswidrige Angriffshandlungen von ANV im AR in eine Notwehrlage gebracht worden ist. Zur Verteidigung darf der Arbeitgeber gegen solche ANV im AR eine Abwehraussperrung vornehmen. Er ist z.B. berechtigt, die ANV im AR nicht als solche gelten zu lassen, d.h., er darf sie an der Ausübung ihrer Amtstätigkeit hindern, indem er ihnen etwa das Betreten des Sitzungszimmers des Aufsichtsrats verbietet. Das ist auf Grund seines Hausrechts denkbar. Er ist dabei jedoch an die Kriterien der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gebunden <sup>1)</sup>. Der Arbeitgeber darf die ANV im AR daher nur insoweit aussperren und sie nur insoweit an der Ausübung ihrer Amtstätigkeit hindern, als das zur Abwehr des rechtswidrigen Angriffs erforderlich ist.

---

1) vgl. Brox-Rüthers § 7 V 4 a, S. 114 FuBn. 93; § 7 II 1 a, S. 99; § 8 A II 8, S. 151, 152.

### Zusammenfassung

Das Amt der ANV im AR besteht während des Arbeitskampfes unbeeinträchtigt fort. Dagegen ruht das Amt der Betriebsratsmitglieder teilweise. Die Funktionen, die sich aus den §§ 56 Abs. I a - d, g und h BetrVG, 61 Abs. III d BetrVG, 66 und 72 ff BetrVG ergeben, können während des Arbeitskampfes nicht ausgeübt werden. Im übrigen besteht das Betriebsratsamt ebenfalls unbeeinträchtigt weiter.

Die Betriebsratsmitglieder dürfen sich allerdings ohne Ausnutzung ihrer Amtsstellung in jeder Form am Arbeitskampf beteiligen. Den ANV im AR dagegen ist lediglich die schlichte Arbeitsniederlegung erlaubt; jede darüber hinausgehende, aktive Kampfbeteiligung ist ihnen verboten. Dementsprechend können Betriebsratsmitglieder und ANV im AR in ihrer Stellung als einfache Arbeitnehmer ausgesperrt werden.



## Lebenslauf

Am 16. Oktober 1940 wurde ich als Sohn des Rektors Clemens Westerbarkey und seiner Ehefrau Magdalena geb. Steinlage in Gütersloh geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach vierjährigem Besuch einer Gütersloher Volksschule trat ich Ostern 1950 in das Evangelisch Stiftische Gymnasium zu Gütersloh ein. Am 3. März 1959 bestand ich an dieser Schule die Reifeprüfung.

Anschließend studierte ich acht Semester Rechtswissenschaften, vom Wintersemester 1959/60 bis zum Wintersemester 1960/61 an der Universität München, im übrigen an der Universität Münster. Am 28. Juni 1963 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm.

Seit dem 1. April 1964 stehe ich im Vorbereitungsdienst innerhalb des Oberlandesgerichtsbezirks Hamm.





